

MÓNICA PAOLA BURGOS HERRERA

JOSÉ DAVID LEMUS GUTIÉRREZ

**IMPLEMENTACIÓN DE LOS DISPUTE BOARDS DENTRO DE LOS CONTRATOS
DE INFRAESTRUCTURA VIAL.**

(TESIS DE GRADO)

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

**DECANA DE LA FACULTAD
DE DERECHO:**

DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO:
DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

DR. JORGE IVÁN RINCÓN CORDOBA

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ

EXAMINADORES:

**DR. JORGE ENRIQUE SANTOS RODRIGUEZ
DRA. MÓNICA SOFIA SAFAR DIAZ**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: <i>Dispute boards</i>. Validez y reconocimiento jurídico dentro del ordenamiento jurídico colombiano.	4
1.1. Concepto.....	4
1.2. Antecedentes.	10
1.3. Clasificación.....	13
1.4. Regulación de la figura.	15
1.4.1. Conformación de los DB	16
1.4.2. Contrato de miembro del DB	17
1.4.3. Funciones DB.....	17
1.4.4. Procedimiento	20
1.4.5. CCI Vs. Aplicación internacional	24
1.4.6. Los DB en el caso colombiano.	37
1.5. DB y los mecanismos alternativos de solución de conflictos.....	51
CAPÍTULO II: Aplicación de los DB en los contratos de infraestructura vial	57
2.1. ¿Qué son los contratos de infraestructura vial?	59
2.2. Posibles problemáticas suscitados en esta tipología contractual.	61
2.2.1. Solución por vía jurisdiccional.	64
2.2.2. Solución por vía de los MASC.	66
2.3. Dispute Boards en Colombia. ¿Es eficaz su implementación o es una sobrecarga en la ejecución del contrato?	71
CONCLUSIONES.....	88
LISTA DE REFERENCIA.....	93

INTRODUCCIÓN

Actualmente en Colombia se están desarrollando importantes proyectos de infraestructura vial (vías 4G) que permitirán al país tener un crecimiento en la productividad y economía. Sin embargo, según el Banco Interamericano de Desarrollo, existe un déficit de aproximadamente 45.000 km de vías adicionales en comparación a otros países con ingresos per cápita similares (Acosta, 2019). Lo anterior se traduce en un volumen de nuevos contratos de infraestructura vial para reducir la brecha existente.

Este tipo de obras tienen como característica fundamental la calidad de los contratantes, ya que uno de ellos es el Estado, y, adicional a ello, el objeto del contrato está conformado por múltiples prestaciones a cargo del contratista, teniendo en cuenta que la infraestructura no se limita a construir una obra, sino también a la prestación de varios servicios concomitantes a la misma. Adicionalmente, estos contratos son de tracto sucesivo y como consecuencia de ello surgen riesgos no previstos por las partes que pueden generar costos, demoras y controversias que terminarán en un largo e ineficiente proceso por vía judicial.

Frente aquel problema que se puede suscitar entre las partes se han venido utilizando tradicionalmente en Colombia las figuras del *Arbitraje* y la *Amigable Composición*; pero a pesar de ello, estas no proporcionan una efectiva y pronta solución debido a que entran a cumplir su papel una vez que se ha configurado una controversia entre las partes, paralizando la obra. Es ahí donde el uso de los *Dispute Boards* entra como una solución idónea, eficaz, imparcial, técnica y preventiva.

Sin embargo, debido a que nuestra sociedad está arraigada al uso de mecanismos tradicionales, se le ha cerrado la puerta a la utilización de esta figura, ejemplo de ello es el Contrato de Concesión

de obra pública No. 002 del 14 de enero de 2010 en el cual se incluía una cláusula para la utilización de los Dispute Boards como mecanismo de solución de controversias, pero posteriormente a través del Otrosí 9 al Contrato de Concesión No. 002 de 2010 se decidió cambiar a los paneles por la tradicional amigable composición, dejando de lado los beneficios que el mecanismo trae con su implementación. Quizá el temor de la no aplicación de los *Dispute Boards* es el desconocimiento e incredulidad de su eficacia, o tal vez sea la costumbre que tenemos como sociedad de solucionar controversias en vez de prevenirlas.

Es así como a través del desarrollo de este documento trataremos de resolver el siguiente interrogante: **¿Es la implementación de Dispute Boards en Colombia la solución más eficaz ante la escasa capacidad de prever y resolver los desacuerdos y conflictos que se suscitan en el contrato de concesión de infraestructura vial en comparación a los mecanismos alternativos de solución de controversias tradicionales y la vía judicial contencioso administrativa?**

De esa manera, la presente tesis se centrará en el Capítulo I en explicar la validez de los paneles de expertos en el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, estudiaremos a fondo el concepto, sus antecedentes y la regulación del mismo. Posteriormente, analizaremos cómo ha sido implementado en América Latina, con el fin de hacer una comparación con el caso colombiano y resolver la pregunta de cómo podría ser aplicado en nuestro ordenamiento jurídico teniendo en cuenta la experiencia latinoamericana. Por último, nos referiremos a los paneles de expertos en relación con los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para establecer si es uno de ellos o no, para de esa manera llegar a la conclusión de su validez o invalidez.

En el Capítulo II investigaremos los contratos de infraestructura vial y sus posibles problemáticas, la forma en que han sido resueltas por medio de la vía jurisdiccional, así como por medio de los

MASC, para finalmente reflexionar sobre si en Colombia es eficaz la implementación de los *Dispute Boards* o, por otro lado, es una sobrecarga en la ejecución del contrato.

Para concluir, teniendo en cuenta la experiencia internacional y las críticas que hicimos en su momento respecto de cómo fueron aplicados los paneles de expertos en Colombia en el pasado, emitiremos ciertas recomendaciones que podrían servir para implementar la figura de manera adecuada en el ordenamiento colombiano.

CAPÍTULO I: *Dispute boards*. Validez y reconocimiento jurídico dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Cuando se piensa en los conflictos que se pueden suscitar en los contratos estatales, las primeras figuras que se vienen a la mente para solucionarlos son las tradicionales, es decir, el arreglo directo como primera medida, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para posteriormente acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa y los demás mecanismos alternativos de solución de conflictos. En la actualidad, no obstante, se ha venido implementando una nueva figura jurídico contractual llamada *Dispute Boards* (en adelante DB) que promete ser una solución eficaz para las desavenencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato.

A pesar de que, como se demostrará con la explicación de la figura en este capítulo, los DB son eficaces en otros ordenamientos jurídicos, en el colombiano no existe una regulación expresa y adicional a esto ha tenido un desarrollo contractual casi nulo, por lo que en primera medida tenemos que preguntarnos: ¿Son realmente los *Dispute Boards* una figura válida dentro del ordenamiento jurídico colombiano?

1.1. Concepto

Teniendo en cuenta lo mencionado, lo primero que se debe hacer es definir la figura. ¿Qué son los *Dispute Boards*? Al primer concepto que debemos acudir es al organismo internacional que ha desarrollado la regulación de los DB o también llamados paneles de expertos; la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) establece que:

Un «dispute board» es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para

ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato. (Cámara de Comercio Internacional, 2018, p.4)

A continuación, se explicarán los elementos de la definición para posteriormente analizarla, tener en cuenta definiciones de otros autores sobre la materia y, finalmente, proceder a emitir un concepto que recoja ciertos elementos básicos que consideramos debe tener la figura.

Siendo así, el primer elemento de la definición de la Cámara de Comercio Internacional es su carácter de “órgano permanente”, lo que a su vez quiere significar que se desarrolla en contratos de tracto sucesivo. Recordemos entonces que la característica de ser de tracto sucesivo se predica de aquellos negocios jurídicos en los que el objeto contractual se desarrolla de manera periódica en el tiempo.

Una vez estudiado el Código Civil en lo que tiene que ver con las obligaciones y los contratos, se aprecia que la clasificación que contiene el mismo no abarca a aquellos contratos de tracto sucesivo y ejecución instantánea, sino que solo contempla el catálogo básico¹, por lo que ha sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de desarrollar estas categorías.

Es así como el Consejo de Estado (2008) ha señalado que “*en los contratos de tracto sucesivo (por ejemplo, en el de obra pública) se establece un plazo general de ejecución del objeto del contrato y algunos plazos parciales para el cumplimiento de las obligaciones, que luego quedan reflejados en un programa de trabajo y un cronograma de actividades*”, mientras que “*en los contratos de ejecución instantánea ese plazo es único*”. (pág. 44)

¹ El Código Civil clasifica en sus artículos 1495 al 1500 las obligaciones y los contratos, diferenciándolos en unilaterales y bilaterales, gratuitos y onerosos, conmutativos y aleatorios, principales y accesorios y, finalmente, reales, consensuales y solemnes.

Entonces, no se entiende que el objeto de los contratos de tracto sucesivo se cumpla con la ejecución de un solo acto por parte de quienes están obligados a llevar a cabo las diferentes prestaciones que les corresponden, sino que para el cumplimiento del precitado objeto se deben desarrollar una pluralidad de actos en el tiempo o, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea, como dice Hineirosa (2015), *“en tanto que en unos las prestaciones se pagan inmediatamente o en corto tiempo, en uno o varios contados, la naturaleza de los otros indica una proyección hacia el futuro, con renovación continua, un tracto sucesivo, y no porque así lo dispongan las partes, sino porque la esencia misma de la figura lo impone”* (pág. 374)

En consecuencia, el DB solamente se constituye en contratos de tracto sucesivo, debido a que la implementación del panel de expertos no encuentra sentido en aquellos contratos de ejecución instantánea, puesto que el papel que juega es de acompañamiento a las partes durante todo el desarrollo de la obra, sin que necesariamente exista una controversia, característica que no se podría encontrar en contratos donde el plazo general de la ejecución es único; si el contrato no se desarrolla en el tiempo, la utilización del DB no tiene sentido, por lo que podríamos concluir que la característica de ejecución periódica del contrato es un presupuesto para poder pactar la figura.

El segundo elemento hace referencia a que esta figura se constituye con la firma o el inicio de la ejecución del contrato; uno de los grandes beneficios de los DB es que desde la puesta en marcha del contrato los expertos conocen de las vicisitudes y en sí del devenir contractual, por lo que su intervención es idónea, debido a que tienen el conocimiento adecuado y preciso del contrato y de cómo se va desarrollando el proyecto.

El tercer elemento es que el contrato tenga una duración prolongada en el tiempo, es decir a mediano o largo plazo. Es de resaltar que la CCI quiere dar a entender que solo vale la pena pactar esta forma de solución de conflictos para aquellos contratos que tengan una duración extensa,

porque cuando tienen esta condición se pueden llegar a generar mayores controversias entre las partes, teniendo en cuenta que con el paso del tiempo suceden situaciones que no fueron previsibles por ellas al momento de la firma del proyecto.

Para finalizar con esta definición, el cuarto elemento es el propósito principal o el objeto de la figura, que consiste en ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato. Esto tiene como finalidad dos aspectos importantes: el primero es el relativo al tiempo, consistente en que al prever la posible existencia de conflictos, el panel emite recomendaciones sobre el desarrollo del contrato para impedir que determinado desacuerdo se convierta en una controversia de mayor trascendencia o, si es el caso de que ya se han suscitado las desavenencias, ser una instancia contractual para resolverlas, puesto que acudir a las vías normales de solución de conflictos conlleva a una paralización de la agenda, que es exactamente lo que se quiere evitar (Jiménez Figueres, J. Caivano, 2007). De la primera finalidad se desprende la segunda, que es la concerniente al factor económico, toda vez que si se presenta una paralización de la obra se afecta proporcionalmente el presupuesto del proyecto por el retraso generado mientras se llega a una decisión sobre el particular.

No obstante, criticamos que se refiera a ‘cualquier’ tipo de desacuerdo, porque se considera que el objeto debe estar debidamente delimitado, eso quiere decir que, si la finalidad del DB es la resolución de aspectos técnicos, se debe ceñir solamente a ellos, o, por el contrario, si se refiere a aspectos jurídicos, solo a estos debe acudir.

Ahora bien, a pesar de que en la doctrina extranjera existen varias definiciones, escogimos la siguiente debido a que las más recientes publicaciones se refieren a esta como un concepto base y adicional a ello porque un Tribunal de Arbitramento colombiano sobre la materia utilizó esta definición para proceder a estudiar la figura, considerando que era la más pertinente:

El procedimiento de dispute boards está pensado, fundamentalmente, como un mecanismo que permite agilizar la resolución de controversias en contratos de obras de ingeniería y construcción, cuyas características más sobresalientes —al tratarse de proyectos de larga duración (15) que involucran usualmente a múltiples partes y cuyas disputas a menudo comprenden aspectos técnicos— hacen inapropiados los métodos tradicionales. En efecto, el objetivo de este mecanismo es doble: por una parte, busca “atajar” tempranamente las divergencias al evitar que, por su acumulación, se conviertan en complejos y costosos conflictos que pongan en riesgo la terminación de la obra. (Jiménez Figueres, J. Caivano, 2007, p. 2)

Esta definición se plantea desde el punto de vista de los beneficios de los DB, porque de inicio el concepto propuesto utiliza adjetivos como agilizar o atajar, dando a entender que esta figura tiene unas cualidades distintas a los mecanismos usuales para la resolución de conflictos, las cuales consideran más adecuadas en los contratos de obra de ingeniería y construcción.

Adicionalmente, se refieren a que las disputas que se pueden presentar usualmente versan sobre aspectos técnicos, lo que nos permite inferir que no siempre las controversias que pretenda resolver el panel serán de este tipo, sino que también pueden ser de carácter jurídico y financiero.

En lo demás, guarda similitudes con el concepto emitido por la CCI, debido a que se asemeja en lo que tiene que ver con la duración del contrato, la finalidad del DB y la naturaleza preventiva.

En el caso colombiano se encuentra ausencia de una definición propia; los autores nacionales han tenido la necesidad de acudir a doctrina extranjera y al Reglamento de los DB de la CCI. Se considera que la razón es que en Colombia no hay regulación de la figura y la aplicación, como ya

se mencionó precedentemente, es casi nula, por lo que no hay mucha experiencia al respecto, lo que deja a la doctrina nacional sin una fuente de peso.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso nacional se plantea que:

Consiste en paneles de expertos que se constituyen usualmente al inicio de la obra para resolver -en forma ágil- diferencias entre las partes, y así evitar que escalen a grandes conflictos que impidan la culminación de proyectos en los tiempos y estándares de calidad pactados (Tirado Navarro, 2019, párr. 1).

La definición, a pesar de intentar dar un concepto concreto, deja por fuera características relevantes, como, por ejemplo, no menciona hasta que término se pacta la figura, tampoco establece sobre qué tipología obligacional o contractual puede aplicarse, lo que nos deja la duda de si puede llevarse a cabo en todo tipo de contratos o, como lo establece la doctrina pacífica, solo sobre contratos de obra e infraestructura o, mirándolo desde otra óptica, si puede referirse a contratos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Adicionalmente, al decir que “usualmente” se constituye al inicio de la obra, deja por fuera la esencia misma del DB, toda vez que precisamente el propósito del panel es constituirse desde el inicio de la obra para conocer desde un principio el contrato y la ejecución de este. Finalmente, establece criterios que no son totalmente importantes o determinantes para la definición, como el hecho de que hable de grandes conflictos que impidan la culminación de proyectos en los tiempos y estándares de calidad pactados, porque más que una definición es una consecuencia del incumplimiento contractual, sea que se pacten o no paneles de expertos.

De los conceptos anteriores, procedemos a dar nuestra propia definición; los *Dispute Boards* son un mecanismo de prevención y solución de disputas, que se conforman en un panel por uno o

varios expertos, los cuales se constituyen en la firma o al inicio de la ejecución del contrato hasta la finalización de este. Al tener el conocimiento del contrato y del desarrollo del proyecto desde un principio, pueden de manera ágil, por iniciativa propia o a petición de las partes, prever la futura existencia de disputas o resolver conflictos técnicos, jurídicos o financieros con las delimitaciones establecidas en el contrato. Se constituyen en los contratos de obra e infraestructura de duración de mediano o largo plazo.

Una vez planteado el concepto y propuesto una definición que se considera abarca los elementos esenciales de la figura, se procederá a desarrollar su origen.

1.2. Antecedentes.

El inicio de la aplicación de los DB surge en los países del sistema anglosajón; el primer país fue Estados Unidos en los años 60 con el *Boundary Dam*² y otros casos emblemáticos, buscando con este resolver de manera ágil los problemas suscitados en grandes contratos de construcción (Dorgan, 2005). Para este tipo de proyectos, mencionan Jiménez y Caivano (2007) que:

El mecanismo que se ideó fue el de nombrar, de común acuerdo entre las partes contratantes, a un equipo de expertos que estuvieran disponibles durante la ejecución de la obra, cuya misión era la de emitir recomendaciones a las partes si estas así lo solicitaban, a raíz de cualquier controversia. (pág. 149)

Posteriormente, en el Reino Unido en 1970 se presentó la aplicación de los paneles en diferentes proyectos, en algunos de estos se incluyeron subsidios de construcción de vivienda. Como consecuencia se dio la reducción considerable de litigios y arbitraje (Escobar Muñoz, 2014).

² El *Boundary Dam* consistió en la construcción de una hidroeléctrica ubicada en Washington que entró en operación en 1967 y al día de hoy se mantiene activa.

En lo que tiene que ver con los contratos en Latinoamérica, en la década de 1980, el proyecto hidroeléctrico “El Cajón”, en Honduras, fue el primer proyecto de construcción sujeto a DB (Figuerola, 2019). Desde entonces varios proyectos en países latinoamericanos como Honduras, El Salvador, Chile, Panamá y Colombia han aplicado satisfactoriamente los DB para solucionar las controversias suscitadas en los contratos. “*Uno de ellos es la obra más importante de la región centroamericana, que es la ampliación del Canal de Panamá*” (Hernández García, 2014, p. 29).

Debido a los beneficios que otorgan los paneles y a la acogida que tuvo internacionalmente, el Banco Mundial en 1990 publicó un documento llamado *Procurement of Works*, que establece un modelo contractual en el que se contempla la aplicación de los *Dispute Boards*. Seguidamente, en 1995 emitió un texto técnico denominado *Standard Bidding Documents for Procurement of Work*, que contiene requisitos obligatorios cuando esta entidad internacional se propone financiar los contratos cuya cuantía sea de más de USD \$50 millones de dólares (Escobar Muñoz, 2014).

De los antecedentes reseñados brevemente, se puede vislumbrar que la utilización de estos paneles de expertos no data de antaño; el origen y su posterior evolución no tiene la historia que otras figuras jurídicas utilizadas para solucionar las controversias contractuales sí tienen, por lo que se encuentra en constante cambio y regulación.

A pesar de ser una figura que tiene menos de 60 años desde su primer uso, ha tenido un progresivo desarrollo en materia internacional. La Tabla 1 muestra los datos recopilados por *The Dispute Resolution Board Foundation* (2017), organización que tiene información recopilada desde 1975 hasta 2017 y contiene distintos tipos de proyectos de diferentes tamaños a lo largo del planeta.

Continente	Decadas					Total general
	1970's	1980's	1990's	2000's	2010's	
América del Norte	3	39	575	1380	469	2466
África			14	58	55	127
Oceanía		5	4	17	52	78
Asia			18	27	15	60
Europa		1	8	29	14	52
América del Sur				9	4	13
América Central		1		4	7	12
Total general	3	46	619	1524	616	2808

Tabla 1 Número de proyectos recopilados por DRB Foundation de 1975 a 2017

Como se mencionó anteriormente, y como se observa en la tabla, en los años 70's América del Norte fue el pionero en utilizar los DB, y progresivamente siguió usando este mecanismo dentro de sus contratos para solucionar las controversias que se pudieran generar en el mismo, llegando a ser el continente donde más se implementa la figura. Por otro lado, aunque África, Oceanía, Europa y Asia empezaron a aplicar los DB entre los años 80's y 90's, en la tabla se muestra cómo desde su implementación ha venido incrementando la aplicación de los paneles en sus contratos.

Por último, encontramos que los países que menos implementación tienen de los DB son los que se encuentran dentro de América Central y América del Sur. Sin embargo, su utilización se ha venido desarrollando lentamente, a diferencia de lo que ha ocurrido con los otros continentes, los cuales tuvieron un crecimiento acelerado. A pesar del paisaje irregular del uso de DB en Latinoamérica, la trayectoria de su implementación indica una incidencia creciente de su adopción, en la medida en que agentes de la construcción, ingenieros e inversiones reconocen cada vez más el potencial de los DB para una solución eficiente de los distintos tipos de conflictos a los cuales los proyectos de construcción están particularmente susceptibles de producir (Figuerola, 2019). Como ejemplo de ello encontramos que en Perú, Chile y Brasil se ha hecho una legislación propia

para regular la aplicación de los DB en sus países, evitando que el derecho interno choque con la utilización de la figura.

En el caso de Colombia no hay un desarrollo legislativo que permita que los DB se apliquen dentro del margen de una ley, no obstante, en el país se han realizado construcciones en las cuales se ha pactado la utilización de los DB frente a conflictos que se susciten en la ejecución del contrato. Una muestra de ello es la concesión del Aeropuerto El Dorado en 2016, donde a través de los DB se resolvieron dos situaciones:

La primera de ellas solucionó una discrepancia sobre el cálculo de la contraprestación a favor de Aerocivil. La disputa se resolvió en apenas 37 días desde que el panel fue convocado. Aunque el privado se reservó el derecho a cuestionar la decisión ante el tribunal de arbitramento, cumplió la decisión de inmediato (...) La segunda disputa fue resuelta a favor del privado, quien solicitó un cambio de ubicación de la zona de prueba de motores por razones técnicas. En este caso, fue necesario practicar complejos dictámenes técnicos, lo que implicó un tiempo algo mayor. Así, y con todo eso, la decisión fue tomada en menos de tres meses desde que fue solicitada la intervención (Durán Leal, 2017, párr. 10-11)

1.3. Clasificación.

Una vez se han expuesto el concepto y los antecedentes de los paneles de expertos, es pertinente establecer cuáles son los diferentes tipos de DB regulados y utilizados en los proyectos.

Encontramos tres tipos de DB: *Dispute Review Boards* (de ahora en adelante DRB), *Dispute Adjudication Board* (de ahora en adelante DAB) y *Combined Dispute Boards* (de ahora en adelante CDB).

Ahora bien, el DRB emite recomendaciones respecto de las disputas que han sido planteadas por las partes, pero no se entienden vinculantes, sino una vez que las partes no las hayan objetado dentro del tiempo establecido en el reglamento o en el contrato³ (López Ospina, 2016).

Por otro lado, Rodríguez Fernández (2006) explica que el DAB emite decisiones, resolviendo igualmente las disputas de las partes, pero ella deberá ser cumplida desde el momento de su notificación, sin perjuicio de que se pueda manifestar un desacuerdo y llevarlo a una instancia judicial o arbitral para que decida si la decisión fue emitida de manera correcta⁴.

En lo que tiene que ver con los CDB, menciona Dueñas Sihua (2015) que son una mixtura entre los dos mencionados anteriormente, pudiendo emitir recomendaciones y a su vez decisiones, dependiendo de la solicitud de las partes⁵.

En los tres casos los paneles conocen de los desacuerdos entre las partes, sin embargo, la diferenciación se produce respecto de la vinculatoriedad del pronunciamiento del panel; en el DAB emiten “Decisiones”, las cuales tienen un carácter obligatorio, lo que quiere decir que las partes deben aplicarla de forma inmediata una vez les haya sido comunicada y en caso tal que exista un desacuerdo con la decisión las partes deben cumplirla, sin perjuicio de que hayan otras vías para recurrirla y que posteriormente pueda ser modificada; en el DRB los expertos emiten “Recomendaciones”, que pueden ser acatadas o no por las partes; finalmente, en el CDB, se pueden

³ Según la autora, “si las partes resuelven conformar un *Dispute Review Board (DrB)*, las determinaciones que este emita “serán ‘Recomendaciones’ que guardan relación con las disputas que le han sido planteadas y constituye un método consensual para resolver las disputas”. Sin embargo, si las partes no objetan las determinaciones emitidas por el DrB dentro del plazo estipulado para ello, se entenderá que se obligan a cumplir tales determinaciones, al adquirir un carácter vinculante”.

⁴ El autor manifiesta que “emite “Decisiones” que guardan relación con cualquier disputa que le sea planteada y constituye una opción menos consensual de resolución de disputas. En virtud del acuerdo entre las partes, la decisión deberá ser cumplida desde el momento de su recepción. Cuando una de las partes exprese su desacuerdo con la decisión dentro del plazo establecido, ésta puede someter la disputa al arbitraje, si existe acuerdo para ello, o al órgano jurisdiccional para que sea resuelta definitivamente. No obstante, las partes se comprometen contractualmente a acatar la decisión mientras una decisión contraria no haya sido dictada por el tribunal arbitral o el juez competente. Si ninguna de las partes manifiesta su desacuerdo en el plazo establecido quedan contractualmente obligadas a cumplir la decisión”.

⁵ El escritor dice que “Constituyen un híbrido entre los DRBs y los DABs. Usualmente emiten recomendaciones en relación a cualquier diferencia sometida a su resolución; sin embargo, pueden también emitir decisiones obligatorias si una parte requiere al panel una decisión y la otra parte no la objeta”.

manifestar de las dos formas, pero deben ser las partes a *motu proprio* las que los faculten previamente para llevar a cabo uno u otro pronunciamiento (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

Es interesante que en Argentina hay una regulación expresa sobre la aplicación de los *Dispute Boards* por parte de una organización de ingenieros, llamada Tribunal Arbitral de Ingenierías⁶ (TAI), el cual emitió su propio reglamento al respecto para no tener que acudir a las reglas establecidas por la CCI. En este caso hay una clasificación tripartita de los paneles, sin embargo, en esencia sigue teniendo las mismas funciones que el del órgano internacional: *Dispute Board* Consultivo, *Dispute Board* Ejecutivo y *Dispute Board* Operativo (Escobar Muñoz, 2014).

El dato reseñado es de suma importancia, toda vez que contempla que la reglamentación al respecto puede ser proferida por la legislación interna de cada uno de los países en que vaya a ser aplicada, e incluso con reglamentos de Cámaras de Comercio o asociaciones privadas de ingenieros, las cuales, si las partes así lo estipulan, pueden ser vinculantes contractualmente, en virtud de la autonomía privada.

1.4. Regulación de la figura.

Los paneles de expertos han sido regulados en primera medida por la CCI, quien en el reglamento relativo a los DB ha hecho referencia a su conformación, funcionamiento, procedimiento y otros aspectos importantes, por lo que es indispensable hablar de dicho documento. Posteriormente se procederá a establecer su aplicación internacional y si en esas experiencias extranjeras se ha sido fiel al reglamento o se ha escogido una regulación propia o local. Finalmente, se hablará de la

⁶ El TAI es un tribunal de arbitraje, el cual fue conformado por los consejos profesionales de ingeniería de jurisdicción nacional. Al respecto, las cámaras de comercio colombianas son de naturaleza privada sin ánimo de lucro con carácter gremial, agrupando a los empresarios y comerciantes nacionales, por lo que entre sus funciones también se encuentra ofrecer servicios de tribunal de arbitraje. Los dos entes se asemejan en el servicio arbitral que prestan, pero difieren en que las cámaras de comercio prestan el servicio de registro para los comerciantes, por lo que no está dedicada únicamente al tema arbitral en lo atinente a la infraestructura y construcción.

regulación en el ordenamiento jurídico colombiano, así como su aplicación, a manera introductoria.

1.4.1. Conformación de los DB

Como mencionamos en la definición propuesta en este trabajo, el DB se debe constituir previo a la ejecución del contrato, con el fin de que acompañe a las partes desde el inicio de la obra.

Según la CCI (Cámara de Comercio Internacional, 2018), su conformación puede ser convenida contractualmente por las partes o conforme al reglamento, en el cual se establece que las partes, en caso de no manifestar cuántos miembros serán, se entenderá que es de tres miembros. En todo caso, puede constituirse por un único miembro o por tres.

Si está compuesto por tres miembros, las partes elegirán dos de ellos de común acuerdo. Si las partes no han escogido a los dos miembros de común acuerdo dentro de los treinta días siguientes a la firma del contrato, estos serán elegidos por la CCI a petición de las partes. El tercer miembro será propuesto por los dos primeros miembros y serán las partes quienes aceptarán o no su designación. Ahora bien, si las partes no nombran al tercer miembro dentro de los quince días siguientes a la propuesta o los expertos no lo proponen, será nombrado a petición de las partes por la CCI (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

El tercer miembro será el presidente del DB, a menos que los miembros establezcan que otro de ellos lo sea, previo consentimiento de las partes.

En el caso de que se pacte un miembro único del panel, este será escogido de común acuerdo por las partes, quienes tienen 30 días para nombrarlo desde la firma del contrato o desde cualquier ejecución prevista en el contrato. De no ser así, será la CCI quien lo nombre, a petición de las partes.

Respecto de los requisitos de los miembros, estos deben ser independientes, imparciales y actuar con confidencialidad en el uso de sus funciones.

Ahora, en lo concerniente a la formación y a la experiencia profesional de los panelistas, dependerá de la complejidad del proyecto, por lo que es algo muy propio de cada caso específico, siendo las partes quienes decidirán qué clase de experto debe pertenecer al panel, con el fin de satisfacer el objeto contractual.

1.4.2. Contrato de miembro del DB

Si bien el contrato contempla que habrá un DB como instancia que resolverá las controversias y a su vez las preverá, esta disposición no es suficiente para que la figura pueda ser aplicada en el proyecto, sino que *“Según el reglamento, la existencia de un contrato entre las partes y los miembros del panel es obligatoria”* (Jiménez Figueres & J. Caivano, 2007, p. 2).

La CCI ha ideado contratos modelo entre los miembros del panel y las partes del contrato. Cada miembro debe firmar el contrato, el cual contiene las mismas condiciones sustanciales para todos, determinando las obligaciones específicas y cuál será la forma en que actuarán teniendo en cuenta sus funciones.

Por ende, los expertos actúan de manera limitada, es decir, solamente podrán pronunciarse respecto de los aspectos que les han sido designados contractualmente.

1.4.3. Funciones DB

Los servicios principales del DB, según la CCI (Cámara de Comercio Internacional, 2018), se dividen en tres, que son (1) prevención de desacuerdos, (2) asistencia informal en los desacuerdos y (3) sumisión formal para una conclusión. Cada uno de estos servicios se puede desarrollar al

momento en que las partes pongan un desacuerdo de presente a los miembros del panel o durante las reuniones y visitas al sitio.

En primera medida, la prevención de desacuerdos consiste en que el DB mediante las visitas y reuniones al sitio o en cualquier momento observa que puede haber un potencial desacuerdo, por lo cual conmina a las partes a buscar una posible solución para evitar que se cree un conflicto mayor, sin una considerable participación del DB. Si a pesar del servicio prestado las partes no logran evitar el desacuerdo por sí solas, se entra a la etapa de asistencia informal en los desacuerdos, por iniciativa propia o a petición de una de las partes y siempre con el acuerdo de ellas.

La asistencia informal radica en “*ayudar a las partes a resolver los desacuerdos que puedan haber surgido durante la ejecución del contrato*” (Cámara de Comercio Internacional, 2018, p. 30). El DB lleva a cabo esta asistencia mediante conversaciones entre los panelistas y las partes de manera conjunta o separada, o a través de notas escritas a las partes o de cualquier otra forma de asistencia que cumpla el servicio. El DB no queda vinculado por las opiniones que formule durante esta etapa, toda vez que lo único vinculante será la asistencia formal, es decir, la siguiente etapa.

Las dos etapas precedentes se consideran previas, es decir, todavía no ha nacido formalmente la desavenencia, lo que significa que no es una controversia de tal entidad que las partes necesiten un pronunciamiento formal del DB.

El último servicio prestado es la sumisión formal para una conclusión, en el cual el desacuerdo se convierte en una desavenencia, por lo cual el panel tiene que emitir una conclusión. En esta etapa se encuentra prohibido tener conversaciones informales y reuniones por separado entre los miembros del DB y cualquier parte. Este tercer servicio puede ser prestado en cualquier tiempo.

Los dos primeros servicios se pueden prestar en las reuniones y visitas periódicas que lleve a cabo el DB. En consonancia con eso,

(...) al inicio de sus actividades el Dispute Board deberá, después de haber consultado a las Partes, fijar un calendario de reuniones y, si la naturaleza del Contrato lo exige, un calendario de visitas al sitio de las obras. Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el DB se mantenga informado de la ejecución del Contrato y de cualquier desacuerdo (Rodríguez Fernández, 2006, p. 14).

Las visitas y reuniones son uno de los puntos más relevantes de la figura y en sí de las funciones del panel, porque permite a los expertos conocer de primera mano los acontecimientos que se presenten el proyecto, bien sea de la normalidad de este o aquello que no se haya previsto.

Las partes y el DB pactarán el número de reuniones y visitas que se llevarán a cabo en el sitio de la obra durante el año. Sino es acordado por ellas, se realizarán al menos tres veces por año.

Teniendo en cuenta que cada parte debe tener pleno conocimiento de lo que se haga en las reuniones y visitas por parte de los expertos, estas deben encontrarse presentes en estas. En caso de ausencia de las partes o alguno de los miembros del DB, la decisión de la procedencia de la visita o reunión será tomada por el panel, excepto en el caso de que cuando sea uno de los expertos, la decisión será tomada con la aquiescencia de las partes. El DB tiene la obligación de realizar un informe por cada reunión o visita una vez haya sido celebrada con la lista de personas presentes (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

Una de las particularidades de las reuniones es que no tienen que ser presenciales; pueden celebrarse en cualquier lugar, por teléfono o por videoconferencia. Adicional a ello, pueden

celebrarse reuniones y visitas extraordinarias por su carácter urgente a solicitud de las partes, las cuales deben ser celebradas en un término no mayor a 30 días contados desde la solicitud (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

1.4.4. Procedimiento

Como se mencionó con anterioridad, los dos primeros servicios prestados por el panel, esto es, prevención y asistencia informal en los desacuerdos, por su carácter de informalidad no tienen un procedimiento establecido, toda vez que su finalidad es de acompañamiento a las partes, pero no actuando como órgano decisorio.

Ahora bien, el procedimiento cobra importancia cuando se habla de sumisión formal de las desavenencias, el cual será tratado a continuación:

En el artículo 19 del Reglamento de la CCI se establece que, para dar inicio al procedimiento, una de las partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita y concisa de la desavenencia, llamada “Exposición de la demanda”, en la cual se describen los hechos, los asuntos puestos a consideración para una conclusión (entiéndase conclusión como decisión o recomendación, teniendo en cuenta el tipo de DB que haya sido pactado) del panel, las pruebas relevantes que fundamenten su posición, las pretensiones debidamente expuestas, y, finalmente, la solicitud de medidas provisionales o cautelares.

Para empezar, parece ambiguo el uso de la palabra “demanda”, teniendo en cuenta que su utilización común en el ordenamiento jurídico se da a frente a autoridades con facultades jurisdiccionales, como son por ejemplo la vía judicial o los tribunales de arbitraje, por lo que se consideramos que el término más adecuado sería solicitud o simplemente exposición escrita, tal como se encuentra en el mismo artículo, al tratar de explicar en qué consiste la mencionada

demanda. No obstante, para todos los efectos del procedimiento que se está describiendo, se debe entender demanda como un escrito en el que se solicita al DB la solución de una controversia entre las partes.

La parte contraria dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la demanda debe responder por escrito, documento que tiene por nombre “Contestación”. Esta respuesta a la desavenencia presentada debe contener los mismos requisitos esbozados en el párrafo anterior. En todo caso, el panel puede pedir escritos o documentos adicionales a los aportados para emitir una conclusión. (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

Dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la Contestación se debe celebrar la primera audiencia, salvo que las partes y el DB no lo consideren indispensable. Si el caso lo amerita se podrán celebrar las audiencias necesarias. Estas audiencias deberán ser realizadas en presencia de todos los miembros del DB y de las partes. El panel tendrá la plena dirección de las audiencias y, en virtud del debido proceso, deberá asegurarse que cada parte tenga la oportunidad para manifestarse y exponer su caso. Las audiencias se desarrollan de manera que cada parte tenga la oportunidad de exponer sus argumentos, con el fin de que se fije la controversia. En concordancia con ello, el DB está facultado para requerir a las partes, con el objeto de tener claridad para proferir la conclusión. (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

En el desarrollo de estas audiencias se puede evidenciar la concreción de los principios generales del derecho procesal colombiano como el debido proceso, celeridad y el derecho de contradicción, buscando evitar la rigurosidad y la ritualidad en la que se basan los procesos tradicionales, sin perder la estructura básica que debe tener todo proceso en que haya una controversia y se pretenda una decisión por parte de un tercero (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

La conclusión se debe emitir a los 90 días siguientes a la presentación de la demanda. Este plazo podrá ser prorrogado por el DB con el acuerdo de las partes. En ausencia de dicho acuerdo, el DB puede prolongar el plazo en un término no mayor a 20 días, previa consulta de las partes. Al momento de decidir sobre una conclusión, el panel debe hacerlo por unanimidad como regla general. Si no es así, se decide por mayoría. Si no se presenta ninguno de los dos casos, el Presidente es quien emitirá una conclusión. En dicho caso, los miembros que no estuvieren de acuerdo con esa decisión podrán exponerlo en un documento escrito por separado (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

Un atributo relevante del procedimiento es que las conclusiones pueden ser presentadas válidamente en los procedimientos judiciales o arbitrales, siempre y cuando las partes hayan participado en el procedimiento en el cual se emitió la conclusión.

Al respecto, menciona Figueroa Valdés (2014) que en procesos judiciales o arbitrales posteriores no es posible contar con elementos probatorios adecuados, porque, por ejemplo, en el caso de materiales defectuosos, los mismos ya han sido utilizados en la obra, por lo que no habría forma de verificar esa condición, sino mediante una larga y tediosa etapa probatoria. La solución presentada en Chile ha sido el aporte de las conclusiones de los DB a estos procesos, que, si bien no dieron fruto en la etapa de ejecución del contrato, en el sentido de que no fueron acogidas por las partes, pueden servir en la etapa jurisdiccional posterior como medio probatorio.

Una vez explicado el procedimiento que se necesita para proferir una conclusión, se procede a explicar los efectos de cada una de ellas según el tipo de DB elegido, es decir, si la conclusión tiene calidad de recomendación o decisión.

En ese sentido, establece el Reglamento de la CCI que los DRB emiten recomendaciones, que como ya fue mencionado, no tienen carácter de obligatoriedad para las partes. Sin embargo, si ninguna de las partes manifiesta por escrito su desacuerdo a la otra parte y al DRB sobre la recomendación en un plazo de 30 días, esta será final y obligatoria para las partes. En caso de que una de las partes no cumpla la recomendación que se ha vuelto obligatoria, la otra parte podrá someter ese incumplimiento a arbitraje. Ahora, en caso de que sí se presente desacuerdo dentro del plazo mencionado en los términos anteriores, este se resolverá mediante arbitraje, si ha sido pactado, o de lo contrario, por la vía judicial que competa.

En segundo término, según la CCI, los DAB profieren decisiones, que son obligatorias para las partes desde el momento de su recepción, por lo cual ellas deben cumplirlas, estén o no de acuerdo. La diferencia sustancial con la recomendación proferida por el DRB es que en este caso la decisión es obligatoria desde que se notifica a las partes, sin perjuicio de que se pueda manifestar su desacuerdo, sin embargo, la decisión se tendrá que aplicar independientemente de ello. Aun si la decisión es impugnada en vía arbitral o judicial, debe ser obedecida por las partes hasta tanto no haya una decisión que falle en sentido contrario. En todo lo demás el procedimiento de desacuerdo e impugnación de la decisión ante instancias diferentes al DB es el mismo.

En lo que tiene que ver con el CDB, como ya se sabe, pueden emitir las dos clases de conclusiones a petición de parte, no obstante, hay unos puntos que debemos aclarar:

Para la emisión de cualquier tipo de conclusión, serán las partes las que soliciten expresamente cuál tipo de conclusión quieren que el panel profiera. En caso de que solo una parte solicite una decisión y la otra no se oponga, se dictará la decisión sin problema alguno, teniendo en cuenta el procedimiento ya explicado para las decisiones. En cambio, si una parte se opone a que el CDB emita una decisión, será el mismo panel quien decidirá qué tipo de conclusión debe proferir,

teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso (Cámara de Comercio Internacional, 2018).

Después de haber estudiado el procedimiento del DB, encontramos que este es idóneo y eficaz para los fines de la prevención y resolución de conflictos que se puedan suscitar en la ejecución del contrato, porque permiten a las partes participar del mismo y decidir la vinculatoriedad de las conclusiones que emita el panel, por lo cual se protege el derecho de defensa y contradicción.

1.4.5. CCI Vs. Aplicación internacional

Una vez ha sido explicada la regulación de la figura por la CCI, se necesita comprobar si el reglamento es aplicado en los diferentes países latinoamericanos, incluyendo finalmente a Colombia, o si, por otro lado, se aplica de manera parcial o no se aplica.

La razón por la cual nos referiremos únicamente a la experiencia latinoamericana y no a otras, es que en esta región la figura ha tenido una aplicación parcial, en el sentido de que no todos los países se han atrevido a utilizar los DB, toda vez que el sistema jurídico latinoamericano proviene de las raíces romano-germánicas, que, entre otras cosas, tiene un elemento esencial, más que todo en las actuaciones que lleve a cabo la Administración Pública, como es el principio de legalidad, mediante el cual el Estado solamente puede hacer aquello que la ley le permite, por lo cual la implementación de la figura al no estar regulada en los distintos ordenamientos jurídicos de cada país tiene un problema de validez, que es el mismo que estudiamos en este trabajo, por lo que las experiencias de los Estados vecinos sirven como ejemplo de aplicación de los DB en la región y pueden aportar una posible propuesta para su aplicación en los ordenamientos jurídicos, específicamente en el caso colombiano.

A pesar de que consideramos que el problema principal tiene que ver con la rigurosidad del sistema jurídico en donde se implementa la figura, otros factores para no aplicar los paneles de expertos es el hecho de que los DB no sean conocidos en la legislación de cada país, así como el miedo de que las conclusiones del panel no se apliquen por el problema de la falta aparente de vinculatoriedad, entre otras. No obstante, centraremos el estudio de este documento en el problema de la legalidad en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y, finalmente, en el colombiano, debido a que consideramos que es la causa más próxima a su no aplicación.

Dividiremos la aplicación de la figura según si se encuentra regulada o no en el ordenamiento jurídico de cada país. Por ende, empezaremos hablando de aquellos ordenamientos en donde los DB se encuentran más regulados, es decir, Chile, Brasil y Perú, para posteriormente estudiar aquellos que a pesar de que no tienen una regulación sólida dentro de sus países, han hecho aplicación del panel. Finalmente, se analizará la situación en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de establecer la validez de la figura.

Caso peruano:

En Perú encontramos que el panel de expertos se encuentra regulado, tanto en el ámbito público como en el privado. Siendo así, no solo se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico interno en la Ley de Contrataciones del Estado, N° 30225 del 2014, con su respectivo reglamento expedido por el Parlamento del Perú a través del Decreto Supremo N° 344 del 2018, sino que también hay una regulación privada, expedida en el 2013 por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC- PUCP) para su utilización en el sector de la construcción.

El artículo 250 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (2018) señala el carácter de las decisiones que emita la Junta de Resolución de Disputas (nombre que el dicho ordenamiento otorga al DB), las cuales son de carácter vinculante, inmediato y obligatorio para las partes. Esto se encuentra reforzado por el mandato de la ley acerca de que ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial podrá impedir que se cumpla la decisión emitida por dicho órgano, por lo que las partes tienen que cumplirla de manera inmediata una vez notificada a ellas, aun cuando se encuentren en desacuerdo, caso en el cual deberán acudir a la justicia arbitral. El reglamento, como punto importante en la aplicación de la decisión y su vinculatoriedad, prevé que en caso de que las partes incumplan la decisión de la Junta, dicho incumplimiento dará la facultad a la parte afectada de resolver el contrato.

De lo anterior podemos concluir que el carácter de las conclusiones que emite la Junta es de decisiones, tal como lo establece el Reglamento de la CCI, es decir, son obligatorias desde que han sido notificadas a las partes, por lo cual inferimos que al ordenamiento peruano la clase de DB que más le interesa para los fines en la contratación estatal es el DAB y no las otras dos clases explicadas, esto es, no regulan los DRB ni los CDB.

Adicional a ello, esta normatividad les da un blindaje a las decisiones del panel, en el sentido de que tiene una fuerza vinculante mayor a la que le otorgó el Reglamento de la CCI, porque en la regulación legal de este país el incumplimiento de las decisiones de la Junta tiene carácter de esencial para el contrato, por lo que no ejecutarlas producirá la resolución del contrato.

De esto podemos colegir que al ser contratos estatales que repercuten en grandes proyectos de infraestructura y construcción, el ordenamiento peruano ha preferido fortalecer la figura para que las decisiones tomadas por el panel tengan una verdadera fuerza vinculante dentro de la ejecución

contractual, prefiriendo este tipo de resolución de controversias sobre otros, lo que tampoco impide que se acuda a ellos, pero sí evita la paralización de la obra.

En temas de resolución de controversias contractuales en contratos estatales, la ley peruana le ha dado un papel preponderante a los DB, aun cuando no aplica la figura en la extensión que podría ser aplicada, según la regulación de la CCI. No obstante, le da un alcance mayor, permitiendo que las decisiones tengan absoluta validez en su sistema jurídico.

Por otro lado, en el ámbito privado, como ya mencionamos, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC- PUCP), expidió un reglamento propio para el sector de construcción en el 2013, teniendo en cuenta el contexto jurídico social peruano. En este no se reconoce la clasificación de los CDB, permitiendo solo las dos restantes modalidades, es decir, los DAB y DRB. Sin embargo, es más permisivo de lo que es la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, porque permite la emisión de recomendaciones no vinculantes (Dueñas Sihua, 2015).

En materia de contratación del Estado la Ley y su Reglamento son claros en establecer las condiciones en que se aplicará el DB, por lo que no es posible hacer extensiva la aplicación del Reglamento del CARC- PUCP en lo que tiene que ver con las recomendaciones, porque a pesar de que este Reglamento permite la emisión de recomendaciones no vinculantes, lo que podría ser beneficioso para el sector de la contratación, la ley no hace ninguna excepción al respecto. Como bien lo dice el Reglamento:

En caso se (sic) emplee este método de solución de controversias en el ámbito de la contratación estatal, el Reglamento sólo permite adoptar una JDD (con decisiones vinculantes) (...) En cambio, en el ámbito privado, las partes pueden

optar por cualquiera de las dos modalidades conforme lo consideren conveniente.

(2013, p. 13)

Caso chileno:

Continuando con nuestro estudio, en Chile encontramos que hay una regulación expresa del DB, llamándolo Panel Técnico, que resuelve discrepancias de carácter técnico o económico, únicamente en los contratos de concesión, regulado de manera expresa en el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile, N° 20.410 de 2010, con su respectivo reglamento. Adicionalmente, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM) tiene su propio Reglamento, así como la Cámara de la Industria de la Construcción de Chile, los cuales no representan ninguna diferencia a la CCI, por lo que no haremos referencia a estos.

El artículo en cuestión de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (2010) proscribire que el Panel Técnico solamente puede resolver controversias de carácter técnico o económico, sin embargo, la conclusión a la que llega tiene carácter únicamente de recomendación, por lo que, en este ordenamiento jurídico, contrario al peruano, la conclusión no tiene fuerza vinculante. Entonces, se debe entender que la clasificación aplicable para el país chileno es exclusivamente la de los *Dispute Review Boards*.

A pesar de que se hayan ventilado los hechos de una controversia por parte del Panel, esto no significa que las partes no puedan llevar la misma controversia a la justicia arbitral o judicial. En ese caso, la recomendación será tenida en cuenta por la autoridad respectiva como un “antecedente”, que, consideramos podría ser una prueba para el proceso, pero no será vinculante para tomar una decisión.

Llama la atención que la Ley establece que el Panel no ejerce jurisdicción. Es curiosa esta afirmación porque parecería obvio que si es una figura contractual, no ejerce jurisdicción, sin embargo, se hace la salvedad porque existe otra figura dentro del sistema jurídico chileno llamada Panel de Expertos, el cual se encuentra regulado en la Ley General de Servicios Eléctricos, siendo la Ley N° 19.940 de 2004, que modificó el DFL N° 1 de Minería de 1982, que contempla en sus artículos 208 al 211 que este es un “*órgano (...) destinado a la resolución de controversias (discrepancias) entre los actores del mercado eléctrico, además de la resolución en caso de determinación de tarifas y costos entre estos mismos actores y la Comisión Nacional de Energía (...), órgano de la Administración del Estado*”. Aunque la anterior Ley regule este tipo de Panel de Expertos, no nos encontramos frente a la misma figura que se estudia en este trabajo, toda vez que no es contractual, sino que puede asemejarse más a una comisión de regulación, actuando en el mercado con funciones jurisdiccionales sobre los aspectos que se le ponen en conocimiento, además, que sus decisiones son únicas e irrecurribles (Cañas Ortega, 2016). Dejando esto claro, la única figura que vamos a estudiar será entonces la de la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile.

Los miembros del panel obligatoriamente tienen que ser dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras (Ley de Concesiones de Obras Públicas, 2010). Frente a esto se aprecia la preponderancia que tiene la inclusión de dos abogados en el panel, no obstante, tiene mucho sentido, toda vez que dentro de los aspectos regulados en la Ley sobre los cuales se puede manifestar el Panel, estos en muchas de las ocasiones son sobre interpretaciones del contrato, a pesar de que se refieran a aspectos técnicos o económicos, por lo que se pensaría que si no estuvieran los abogados como parte del Panel, los expertos no se podrían manifestar sobre interpretaciones jurídicas, pero teniendo en cuenta que sí se incluyen este tipo de

profesionales, se entiende que la Ley permite que en las recomendaciones se interprete legalmente el texto del contrato.

Se debe resaltar la presencia de profesionales en las materias objeto del contrato, más que todo en aspectos técnicos y financieros, debido a que el contrato de concesión es un negocio primordialmente financiero. Esto debido a que, como dice Brodsky (2014), *“el sector público por sí mismo no tiene capacidad para llevar a cabo (refiriéndose a las mejoras de infraestructura), estos modelos financieros imponen todo el rigor y presión de un sistema crediticio privado muy sofisticado en el área de desarrollo de infraestructuras y otros proyectos de ingeniería y construcción de alta complejidad y riesgo.”* (pág. 75)⁷

Otro aparte que llama la atención es el hecho de que los miembros del Panel sean nombrados por un ente público, que trata de garantizar el concurso público para pertenecer al mismo, con el fin de asegurar la calidad de los profesionales y que no se presenten inhabilidades o incompatibilidades (Ley de Concesiones de Obras Públicas, 2010). Consideramos beneficioso el hecho de que los profesionales o expertos del Panel sean elegidos mediante concurso público, con unos requisitos previamente establecidos, lo que procura transparencia, idoneidad e independencia de los miembros, situación que en otros países no se presenta, por lo que puede ser un ejemplo por seguir para los demás países de Latinoamérica, nuestro ordenamiento jurídico y la futura aplicación de la figura.

Ahora bien, menciona Figueroa Valdés que la consecuencia directa de haber regulado los DB dentro de la Ley de Concesiones de Obras Públicas es que en la práctica se encuentran limitadas las prerrogativas exorbitantes del Estado, debido a que en primera medida se sujetan a lo que

⁷ En el segundo capítulo, subcapítulo de “Posibles problemáticas suscitadas en esta tipología contractual”, se tratará de manera más amplia el tema de los contratos de concesión como un típico negocio financiero.

recomiende el Panel, sin perjuicio de acudir al arbitraje o a la vía judicial. Es lógico que dichas facultades de la Administración se encuentren limitadas, porque una vez se ha puesto en conocimiento del Panel la controversia, este tiene que esperar la resolución de esta por parte de sus miembros, lo que “*garantiza al concesionario la estabilidad de sus derechos contractuales, respecto de eventuales modificaciones arbitrarias que el Estado pudiera adoptar en un acto de autoridad, sea durante el período de construcción o de explotación de la obra.*” (2014, pp. 132-133)

El hecho de que las prerrogativas o facultades exorbitantes queden delimitadas es un asunto que, en términos de eficiencia administrativa, donde el Estado debe actuar como un particular en el mundo de los negocios, atrae la participación de agentes privados nacionales e internacionales en la consecución de los fines estatales, que, en este caso, consisten en satisfacer el interés general mediante la construcción de una infraestructura adecuada para el crecimiento social y económico.

En el caso chileno la doctrina es unánime en afirmar que los DB se constituyen como una instancia prearbitral y prejudicial (Figueroa Valdés, 2014), lo que tiene sentido en este ordenamiento, particularmente porque las conclusiones que emite el Panel son recomendaciones, por lo que al no ser vinculante las partes lo tendrán en cuenta como un presupuesto para iniciar la respectiva acción arbitral o judicial.

Caso brasileiro:

Una vez estudiada la regulación chilena, pasaremos a analizar la perspectiva de Brasil. Dentro del ordenamiento jurídico nacional brasileiro no se encuentra una normatividad expresa de los DB, sin embargo, ello no es óbice para no aplicarlos en el país; dentro de las leyes de contratación pública

no hay taxatividad en enumerar cuales son los mecanismos de resolución de controversias, sino que deja abierta la posibilidad de aplicar figuras distintas a las comunes.

En primera medida, la Ley N° 8.666 de 1993, que regula los contratos administrativos en ese país, en su artículo 42, §5°, establece que para el desarrollo de las obras, servicios o adquisición de bienes que sean financiadas por organismos internacionales, las condiciones y procedimientos de aquellos órganos serán válidos en el ordenamiento jurídico brasileiro.

El ejemplo perfecto sería el del Banco Mundial, quien tiene su propio reglamento (*Procurement of Works*) y condiciones para financiamiento en contratos mayores a US\$ 10 millones, en los que se prevé el DB como mecanismo de solución de controversias, por lo cual en el caso que Brasil decida financiar sus proyectos de infraestructura con dinero del Banco Mundial tendría que aplicar el panel de expertos (Vaz, Guavatá Nicoli, 2014).

Por otro lado, tanto en la Ley de Concesión y Permiso de Servicio Público (Ley N° 8.987/95, artículo 23-A, adicionado por la Ley 11.196/05) como en la Ley de Alianzas Público-Privadas (Ley 11.079/04, artículo 11) se da la libertad para utilizar o implementar métodos alternativos, por lo que *“En el escenario brasileño, por lo tanto, se puede afirmar en términos generales que existe autorización legal para que la Administración Pública pueda solucionar sus controversias a través de métodos alternativos”* (Vaz, Guavatá Nicoli, 2014, pp. 110-111).

Como experiencia en Brasil, encontramos que al ser el organizador del Mundial de Fútbol de FIFA del 2014 y de los Juegos Olímpicos en 2016, se pactaron paneles de expertos en gran cantidad de proyectos de infraestructura con ocasión de estos eventos (Díaz Barcia, s.f.).

Adicional a ello, la Cámara de Comercio Brasil-Canadá expidió en 2011 su propio reglamento llamado “Comité de Prevención y Solución de Disputas”, en el cual se regulan solo dos tipos de

DB: *Dispute Review Board* y *Dispute Adjudication Board*, sin embargo, establece que en el caso de que las partes no pacten expresamente la clase de panel, se entenderá que quisieron pactar el DAB, es decir, el decisorio.

Desde otra perspectiva, a nivel municipal, encontramos que en Sao Paulo se aprobó la Ley 16.873 de 2018, a través de la cual por primera vez en el país se reguló expresamente los DB. Los “*Comités de Prevención de Disputas y Solución de Arreglos*”, así llamados por la ley, tienen como fin resolver las disputas relacionadas con los derechos patrimoniales disponibles en contratos con la administración de la ciudad de Sao Paulo. Sin embargo, no es necesario hacer una explicación detallada de lo atinente a la figura desarrollada en la ley, porque a grandes rasgos reproduce la regulación de la CCI.

La conclusión en el sistema jurídico brasileiro es que a pesar de que no hay una regulación expresa a nivel nacional de la figura, sus leyes han sido permisivas en la autorización de diferentes mecanismos ajenos a los ordinarios, dando el ejemplo de que no es necesario tener la figura expresamente regulada en el ordenamiento para poder aplicarla, lo que es de inmensa utilidad para el caso colombiano, donde anticipamos que la figura no se encuentra regulada por la ley.

En contraposición a lo anterior, con fundamento en la organización administrativa territorial de Brasil, sus municipios pueden expedir regulaciones propias que tienen carácter de ley, como en el mencionado caso de Sao Paulo, en donde sí encontramos una reglamentación específica sobre los DB respecto de los contratos que se celebren con el gobierno municipal. Es de anotar que contempla la figura de manera amplia, en el sentido de permitirla en todos los contratos que se celebren con la administración municipal, sin que solamente se limite a los contratos de obra.

Podemos deducir que de la aplicación en el sistema municipal devendrá la regulación en el ámbito nacional. Más aun cuando ya hay contratos que utilizan los paneles de expertos a nivel nacional, para contratos de gran envergadura.

Caso salvadoreño:

Desde otra perspectiva, encontramos en El Salvador una regulación tímida. La primera experiencia fue el proyecto de Fomilenio, que consistía en la construcción de la Carretera Longitudinal del Norte, para lo que se firmaron 13 contratos, de los cuales, en 11 de ellos hubo reclamos, constituyéndose 12 Mesas de Especialistas (nombre que otorga el ordenamiento jurídico salvadoreño a los DB) para solucionarlos. Las recomendaciones proferidas por estas Mesas fueron aceptadas en su mayoría, pero en 4 de ellas se acudió al arbitraje, no obstante, los Tribunales de Arbitramento confirmaron las decisiones de las Mesas (Peñate Guzmán, 2014).

El antecedente más reciente en este país es la Ley Especial de Asocio Público Privado (Decreto 379 del 2013), que en su artículo 93 señala como mecanismo de resolución de controversias para los contratos de APP el arreglo directo y mesa de especialistas, sin embargo, la forma en que está regulada difiere de la verdadera naturaleza de los DB. Esto debido a que para poder acudir a la figura primero las partes deben recurrir a un arreglo directo cuando la controversia surja, lo que quiere decir que los expertos no se encuentran constituidos desde el inicio de la obra o proyecto, sino que solo lo hacen una vez haya nacido la desavenencia y las partes no la hayan podido solucionar a *motu proprio*, por lo cual se desvirtúa uno de los elementos esenciales de los paneles de expertos, es decir, la inmediatez, como mencionamos al inicio de este documento.

Por ende, podemos concluir que a pesar de que hay una autorización legal expresa para la aplicación de los DB en El Salvador, su contenido no refleja la verdadera utilidad de los paneles

en su aspecto preventivo y la pronta resolución de controversias, porque el factor del tiempo es uno de los más importantes a la hora de escoger este mecanismo, tiempo que se ve menguado al no constituir el panel desde un comienzo, sino solo al momento en que nazca la controversia, por lo que las partes se encuentran ante la dificultad de nombrar a los expertos, lo que tiene que ver con su funcionamiento y la espera de la recomendación, que será de un tiempo mayor que si se hubiera constituido al principio de la obra. Además, los expertos también encuentran una dificultad fáctica, en lo que tiene que ver con el conocimiento directo de la obra, por lo que tendrán que acudir a documentos y a terceros, factores que pueden alargar el tiempo para proponer a las partes formas de solución de las diferencias. Por último, la ley condiciona su uso al arreglo directo, por lo que sería una figura secundaria y perdería la autonomía necesaria para su buen funcionamiento.

En conclusión, se desvirtuaría la naturaleza de los paneles de expertos, porque su función se encuentra más que todo en la prevención de los conflictos y no en entrar a solucionarlos cuando ya se ha generado, porque si fuera así, nos encontraríamos ante el uso de un típico MASC ya regulado, como podría ser el arbitraje o la amigable composición; si los paneles de expertos se pactan al momento en que nazca la controversia, no tendría sentido su utilización y sería mucho mejor utilizar otro tipo de medio de solución de controversias, por lo que consideramos de suma importancia la aplicación de la figura tal como la hemos descrito en este trabajo investigativo.

Caso argentino:

Por el contrario, en Argentina no hay regulación expresa que permita aplicar directamente los DB en su ordenamiento, pero a pesar de ello, hay una instancia privada como el Tribunal de Arbitraje de las Ingenierías (TAI) desde el 2012, junto con el arbitraje, ofrece los servicios de árbitros capacitados para ser panelistas en DB, basados en el propio reglamento que creó el Tribunal en mención. Asimismo, el TAI también llevó a cabo una propuesta al Ministerio de Justicia de

Argentina para la inclusión de los DB en la legislación interna y sus respectivos reglamentos, con el fin de que sea obligatoria para los contratos públicos; crear una entidad especial que los regule y controle; y derogar todo lo que les sea contrario (Figueroa, 2019).

En ese aspecto, sobre la aplicación de los DB en el sistema legal argentino, Jiménez Figueres y J. Caivano (2007) mencionan que su sistema jurídico permite que si se refiere la controversia a materias disponibles, el arbitraje y la pericia pueden resolverla, por lo que no encuentran causa alguna para que en el caso de pactar paneles de expertos sea de otra manera, sin embargo, el problema recae en la vinculatoriedad de las conclusiones emitidas, porque no tienen, como los laudos, fuerza vinculante. En todo caso, dará a las partes sus respectivas acciones por incumplimiento contractual si no se está de acuerdo con la conclusión a la que llegue el panel, como se entiende en lo reglado por la CCI.

De lo anterior podemos inferir que, si se han capacitado a árbitros del TAI para ser expertos panelistas en los contratos en que se pacten DB, se entendería que se está aplicando en el país, porque se encuentran en la necesidad de preparar a los miembros de dicho Tribunal para aplicar la figura y como consecuencia, utilizarlo como un mecanismo para solucionar desavenencias.

Caso ecuatoriano:

Desde otra perspectiva, en el caso ecuatoriano, expresa Escobar Muñoz (2014) que no hay una regulación concreta en el país, pero por la aplicación de los principios de la Administración Pública (legalidad y eficiencia) pueden ser utilizados los DB, como ocurre en el caso argentino, que, por asociación con otras normas, en este caso principios, se permite el manejo de la figura. Como ejemplo de ello, en el 2010 se pactó en el contrato de construcción de la Planta Hidroeléctrica Coca Codo-Sinclair los DB como un mecanismo prearbitral de solución de disputas (Figueroa, 2019).

El caso argentino y ecuatoriano nos sirve como referencia en el sistema jurídico colombiano para la aplicación y eficacia de los DB, porque por medio de interpretación de normas civiles y principios generales del derecho como la autonomía de la voluntad, así como los de la Administración Pública se puede dar uso de los paneles de expertos en los ordenamientos jurídicos, teniendo en cuenta que la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos están regidos por el principio de legalidad, que podría ser un límite a los paneles, sin embargo, una vez explicado lo anterior, se entiende que no necesariamente se debe tener una regulación expresa para utilizar una figura ajena de resolución de conflictos.

Caso guatemalteco:

Para finalizar, en Guatemala no hay regulación pública ni privada, ni tampoco hay una aplicación práctica, no obstante, según Duarte Lau (2018), el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala está desarrollando un proyecto preliminar para regular los DB, denominado “*Reglas de Operación de la Junta de Resolución de Conflictos*”. Siendo así, a pesar de que en el mismo país no se ha tenido ninguna experiencia, han visto la experiencia internacional y por ende han decidido iniciar un proyecto de regulación, teniendo en cuenta los buenos resultados que ha tenido internacionalmente.

1.4.6. Los DB en el caso colombiano.

En nuestro país la experiencia internacional previamente desarrollada nos sirve de ejemplo sobre la aplicación de la figura cuando no hay ninguna norma que la regula expresamente, por lo que las experiencias en Ecuador, Argentina y Brasil son de suma importancia, ya que cumplen el presupuesto de no tener una normatividad nacional precisa al respecto, pero sí una aplicación

desarrollada, así como una clara argumentación e interpretación en torno a cómo puede aplicarse esta figura cuando no hay legislación propia, como en el caso colombiano.

En los dos primeros países, esto es, Ecuador y Argentina, la aplicación de los paneles de expertos ha sido desarrollada a través de los principios generales de la Administración Pública y hasta de la contratación estatal. Dichos países se fundamentaron en la legalidad y en la eficiencia, en el sentido de llevar a cabo todas las actuaciones que le están permitidas para la satisfacción del interés general y que no sean contrarias a lo estipulado en las leyes, así como una mejor utilización de los recursos del Estado, evitando el mal uso de estos.

En consonancia con los principios esbozados, en Colombia los principios generales de la contratación pública se encuentran regulados en la Ley 80 de 1993, estos son transparencia, economía y responsabilidad; complementados por los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, de los cuales solo nos interesan la eficacia y celeridad.

La figura de los DB encaja dentro de los citados principios en el siguiente sentido:

- Economía. Uno de los principales atributos de los paneles de expertos es que genera menos gastos porque prevé la futura existencia de disputas, con lo cual se evita que estos evolucionen a una controversia y que, por ende, impliquen unas erogaciones mayores, que, como se mencionó en el principio de este capítulo, pueden concluir en la paralización de la obra. En consonancia con este principio, el numeral 5° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que *“se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”*.

- Eficacia. Su aplicación evita que se paralicen los contratos o que se prolonguen en el tiempo más allá de lo previsto, haciendo prevalecer los fines esenciales de la actuación del Estado, que en la mayoría de los casos son en beneficio de la sociedad, como la construcción de carreteras, hospitales, puertos y obras en general para el uso de la comunidad.
- Celeridad. En comparación con otros medios de solución de conflictos y la vía judicial, los expertos al conocer del contrato y de la ejecución de este desde el primer momento, pueden solucionar las desavenencias presentadas en este de manera más rápida y apropiada que lo que podría hacer un tribunal de arbitramento o un amigable componedor (conceptos que entraremos a explicar más adelante).

Siendo así, al hacer una interpretación de los principios contemplados constitucional y legalmente, en los contratos estatales se podría hacer uso de los DB, pactándolos para cumplir los presupuestos establecidos en dichos principios, siempre buscando las mejores prácticas en materia de administración pública. Adicional a ello, como hablaremos más adelante, la autonomía de la voluntad pueden ser el fundamento para el pacto y aplicación de los DB en el contrato estatal, como ha ocurrido para la aplicación de los distintos MASC.

Por el contrario, en el caso brasileño, la aplicación de los DB, como ya se mencionó, se realiza a través de leyes que establecen los mecanismos de solución de conflictos de forma no taxativa, es decir, se deja abierta la posibilidad de que por medio de otro mecanismo no regulado expresamente por la ley se puedan solucionar controversias contractuales en contratos estatales. Sin embargo, en el caso colombiano la legislación establece claramente cuáles serán los mecanismos que deben utilizar los contratantes a la hora de solucionar sus conflictos, por lo que no hay una regulación abierta o permisiva, en principio, para aplicar figuras que no estén dentro de lo expresado en dichas leyes.

De lo anterior nos surge la siguiente pregunta: ¿en Colombia es válida la aplicación de los DB o, por el contrario, no es posible debido a que hay una taxatividad respecto de las formas que contempla la ley para resolver los conflictos contractuales?

Una vez estudiado el ámbito internacional, pasaremos a analizar el caso colombiano. En primera medida podemos reiterar que en el ordenamiento jurídico nacional no hay una regulación expresa de la materia, es decir, es una figura totalmente ajena a nuestra legislación, sin embargo, no quiere decir que no haya sido aplicada, porque han existido contratos en los que se han pactado tácita o expresamente los DB.

El primero de los casos es el de la concesión del Aeropuerto El Dorado (Contrato de Concesión N° 6000169 de 2006 entre la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. -OPAIN- y la Aeronáutica Civil -Aerocivil-, cláusula 65), en el cual se pactaron paneles de expertos; de manera tácita, toda vez que a pesar de que la cláusula hace alusión a la amigable composición, en realidad la figura propiamente desarrolla algunas de las características de los DB (Durán Leal, 2018), como la conformación de los amigables componedores concomitantemente a la suscripción del contrato y hasta la finalización de su plazo, la permanencia en la obra por parte de los integrantes de esta figura y el conocimiento de la misma por parte de ellos desde el inicio al fin de la obra, la resolución de disputas con carácter decisorio.

Consideramos que la razón por la cual se pactó la amigable composición y no los DB expresamente en el contrato tiene que ver con el problema de la vinculatoriedad de las conclusiones a las que llega el Panel, por la simple razón de que las decisiones tomadas por los amigables componedores tienen carácter vinculante por disposición legal y las de los expertos del panel no. Entonces, se pacta en teoría una figura, pero en la práctica se aplica otra, teniendo en cuenta la eficacia que tenía para los contratantes, por las características que ya hemos esbozado en esta investigación.

En segundo término, se encuentran los tres contratos de concesión de la Ruta del Sol del 2010 (001, 002, 007), que tenían como objeto realizar las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento del proyecto vial Ruta del Sol en sus diferentes tramos (Sectores I, II y III). En las cláusulas pertinentes de cada uno de los contratos que hablan sobre paneles de expertos, expresan que *“las Partes se comprometen a constituir un Panel de Expertos conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards (el “Reglamento”), el cual es considerado como parte integrante del presente Contrato.”* (Contrato de Concesión 001, 2010, p. 107; Contrato de Concesión 002, 2010, p. 110; Contrato de Concesión 007, 2010, p.116)

Se aprecia que en estos contratos de concesión se pactó la figura sin ninguna consideración en particular, es decir, a diferencia del contrato para la construcción del Aeropuerto El Dorado, aquí no se encuentra impedimento alguno para la aplicación directa de los DB, sin ningún tipo de camuflaje contractual. Aunado a ello, se infiere del actuar de las partes al pactar estas cláusulas que era claro para ellas la validez que tenía la figura, tanto así, que ninguna de ellas demandó ante la jurisdicción o ante la justicia arbitral la nulidad de estas.

Posterior a ello, se firmó el Contrato de Concesión 008 de 2010, que tiene como objeto la

(...) construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramientos y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y la preparación de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y o modificación de licencias ambientales, la financiación, y el mantenimiento de las obras, en el Corredor Vial “Transversal de las Américas Sector I”, denominado Corredor Vial del Caribe. (pp. 18-19)

Donde igualmente se pactaron los DB, tal como se hizo en las concesiones de la Ruta del Sol, sin embargo, en este caso hay una particularidad especial, consistente en la demanda arbitral interpuesta por parte del concesionario y la reconvención por parte del Estado, respecto de dos puntos del contrato: 1) Interpretación sobre la delimitación de un alcance del Otrosí 003 del 1° de abril de 2014 al contrato de concesión sobre un concepto técnico y 2) La validez de la determinación emitida por el Panel de Expertos sobre el mismo.

A continuación, brevemente expondremos el Laudo Vía de las Américas S.A.S. contra la ANI del 24 de octubre de 2016, en donde se centran los principales argumentos a los que llega el tribunal sobre los DB:

- Concluyó que, según el reglamento de la CCI, la figura tenía carácter de contractual, más no jurisdiccional.
- El efecto legal que producen los DB sigue la legislación de cada país, de acuerdo con las condiciones contractuales y términos en lo que fueron pactados.
- El contenido de la figura es el que establece la CCI, sin embargo, no lleva a cabo un análisis de si esa regulación se encuentra acorde con ordenamiento jurídico nacional, sino que como es una figura contractual, entiende que las partes tienen libertad para pactar todo lo que consideren necesario para el funcionamiento de la figura⁸, a pesar de que no lo diga expresamente.
- Analiza la invalidez de las determinaciones del panel a la luz de los artículos 1502 y 1740 del Código Civil, aduciendo que sigue las reglas de todo acto jurídico.

⁸ Al respecto, teniendo en cuenta que la base para que el Laudo se refiera al contenido de la figura es la autonomía de la voluntad, nos referiremos a ella más adelante.

De lo anterior, se puede inferir que el tribunal validó tácitamente el panel de expertos, ya que en ningún momento hizo un análisis previo tendiente a invalidar la aplicación de la figura en el ordenamiento jurídico, sino sobre las determinaciones y la delimitación de estas de acuerdo con las cláusulas contractuales y la ley, donde al final concluye que la decisión del DB no se limitó únicamente, como debía hacerlo, a interpretación de aspectos técnicos que se le pusieran a su consideración, sino que dicha interpretación o solución de controversias, a su vez interpretó jurídicamente el contrato, por lo que el tribunal establece que se extralimitó en el ejercicio de sus funciones contractuales.

Podemos concluir como argumento principal sobre la validez de la figura que, según la autonomía privada de las partes, que se desprende del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que:

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

Asimismo, el artículo 13 del mismo Estatuto Contractual se refiere a la aplicación de las normas civiles y comerciales para regular los contratos estatales, es decir, las entidades del Estado no se atienen únicamente a lo establecido en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes sobre la materia, sino, también a las normas del derecho privado para la conformación del contrato estatal, de acuerdo a Diego Franco Victoria (2007), citado en Expósito Vélez (2019):

“el contrato obliga a las partes a aquello que deriva de dos fuentes diversas: de una parte, lo que las partes han dispuesto (fuente privada), y de la otra, las normas

imperativas y dispositivas, la buena fe, los usos y costumbres y la equidad (fuente estatal)” (pág. 147)

De esa manera, la autonomía de la voluntad que se desprende, entre otros, de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, nos permite inferir que el Estado puede aplicarla en la conformación de sus contratos, así como en las diferentes cláusulas de los mismos, debido a la autorización del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, siempre y cuando estén adecuados a la ley y a los principios del derecho. Finalmente, en lo que tiene que ver con la autonomía de la voluntad respecto del Estatuto General de la Contratación Estatal, el artículo 32 también hace referencia a la libertad que tiene el Estado para escoger el tipo contractual que a bien tenga para la satisfacción de las necesidades de la sociedad, en los siguientes términos:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”

Entonces, la exegesis de la norma citada se refiere a la libertad del Estado para elegir el tipo contractual necesario, que a su vez tiene como consecuencia el pacto de cualquier disposición para que esa tipología contractual funcione de manera correcta, por lo cual, se podría decir que si se pacta un contrato de concesión para la infraestructura vial, en virtud de la autonomía de la voluntad, una de las cláusulas que permite que no se paralice la obra y que se cumpla el objeto del contrato son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como sería el caso de los DB.

De acuerdo con esto, Expósito Vélez (2019) al referirse al artículo 32, hace bien en afirmar que:

“(…) la Administración, partiendo de las necesidades que pretende satisfacer con la contratación, tiene la libertad de escoger el tipo contractual por suscribir pudiendo recurrir a los contratos tipificados en el estatuto de contratación pública, en el derecho privado o incluso recurrir a contratos atípicos e innominados y poder incluir las disposiciones que mejor se adapten” (subrayado fuera de texto). (pág. 138)

Siendo así, la autonomía privada en términos de la Ley 80 de 1993 permite la aplicación de mecanismos para la solución de disputas como los DB, con las limitaciones establecidas en los artículos precedentes, sin que ello configure una violación al principio de legalidad⁹ del que deben revestirse las actuaciones de la Administración.

Lo anterior, para explicar la incidencia de la autonomía de la voluntad como presupuesto de validez de los DB en el contrato estatal, teniendo en cuenta el Laudo Vía de las Américas S.A.S. contra la ANI del 24 de octubre de 2016. Entonces, es claro para los árbitros que la validez de la figura no se encuentra en discusión, ya que como se estudió, es de carácter contractual (teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad) y no jurisdiccional, caso último en que sí se encontraría en duda.

Como respuesta al problema planteado en este acápite, tal taxatividad de los mecanismos de solución de controversias establecidos en la ley no existe, toda vez que, a pesar de que la ley establece ciertos instrumentos al respecto, no limita la libertad contractual para pactar otros medios que sean idóneos y conforme a derecho para solucionar las desavenencias que se puedan presentar en el contrato. Por ende, concluimos que la figura es plenamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano.

⁹ En el sentido de que la Administración específicamente, contrario al actuar de los particulares, solo puede llevar a cabo aquello que le esté permitido en la Ley.

A pesar de lo anterior, en los contratos de concesión 002 y 007 de 2010 de la Ruta del Sol se llevaron a cabo Otrosís modificatorios a las cláusulas de los paneles de expertos, en los cuales decidieron remplazar dicho mecanismo por el de amigables componedores. En la parte considerativa de esos documentos manifiestan que es necesario hacerlo, teniendo en cuenta los conceptos de Colombia Compra Eficiente y la Contraloría General de la República, los cuales fueron solicitados por la Agencia Nacional de Infraestructura.

En primera medida, hablaremos del concepto emitido por parte de la Contraloría General de la República el 18 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta que la Agencia Nacional de Infraestructura le solicitó que respondiera a los siguientes interrogantes:

- “...1. ¿Es viable introducir la figura del panel de experto (dispute board) como mecanismos de solución de conflicto dentro de los contratos de concesión en Colombia?*
- 2. ¿Es posible que en un contrato de concesión se puedan establecer como mecanismo de solución de conflicto (sic) la figura de panel de experto (dispute boards) y la de Tribunal de Arbitramento?*
- 3. ¿Los integrantes del panel de experto, son contratados durante toda la duración del contrato y le es asignado un pago mensual a cada uno, así no se solicite recomendación alguna, se podría estar ante un presunto daño fiscal?”*

Al primer interrogante respondieron que no puede ser un MASC porque la ley es quien establece cuáles son de manera taxativa y no contempla al panel de expertos como uno de ellos.

Como se explicará más adelante, para que un MASC sea reconocido como tal no necesita que la ley sea quien lo contemple, sino cumplir con el propósito de ser uno de estos y no ir en contra del ordenamiento jurídico colombiano (Nossa Lesmes, 2019).

Sobre el segundo punto, se refiere la Contraloría al artículo 68 de la Ley 80, manifestando que no podría aplicarse el panel de expertos por no encontrarse allí enunciado como un MASC, sin embargo, a nuestro parecer el argumento se cae por su propio peso, ya que se encuentra derogado por la Ley 1563 de 2012. El artículo 68 establecía que las partes “*al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción*”.

Entonces, al entrar en vigor la Ley 1563 de 2012, se entendería que los mecanismos alternativos aplicables son los de esta ley, sin embargo, no tiene ninguna disposición que prohíba el uso de otros MASC que no se encuentren tipificados en ella. Tendría sentido porque la Ley solo regula el arbitraje y la amigable composición, no la transacción, el arreglo directo ni la conciliación, lo que no les quita a estos últimos tres su carácter de MASC.

Por ende, la aplicación de los DB en los contratos estatales sí podría aplicarse, porque los argumentos esbozados por la Contraloría no tienen el sustento jurídico para prohibirlo.

En lo referente al tercer punto sobre si se constituye un daño fiscal al pagar durante toda la ejecución del contrato a los expertos, pero que no profieran recomendación alguna, la Contraloría elude la respuesta a esta pregunta, puesto que dice que solamente sabrá si se constituye daño fiscal una vez se hayan surtido las etapas del proceso de responsabilidad fiscal.

Sin embargo, para nosotros la solución a esta pregunta consiste en que no se configuraría en un daño fiscal porque los DB no solo se constituyen para emitir conclusiones, sino para acompañar a

las partes durante toda la ejecución del contrato, y por ello, otra de sus funciones, a modo enunciativo simplemente, es llevar a cabo visitas periódicas a la obra, en las que se pronuncian informalmente sobre los asuntos que puedan generar un conflicto, así como dar sugerencias para la correcta ejecución del contrato, entonces, se puede colegir que si los panelistas, si bien todo el tiempo no están emitiendo conclusiones, esa no es su única función, por ende, están desarrollando constantemente el objeto contractual para el que se les contrató.

Una vez estudiado el concepto de la Contraloría, podemos deducir que no hay razón suficiente para impedir el pacto de los DB como solución efectiva de los conflictos en el contrato de concesión estatal.

Por otro lado, encontramos el concepto proferido por Colombia Compra Eficiente, el 10 de noviembre de 2015; se le solicitó responder si era posible pactar en un contrato público un panel de expertos como MASC, a lo que se respondió que

Los paneles de expertos, también conocidos como dispute boards, son mecanismos contractuales establecidos con base en la autonomía de la voluntad de las partes para administrar los derechos y obligaciones resultantes de un contrato. De esa forma, las partes del contrato estatal pueden establecer este tipo de mecanismos conforme a lo previsto por el numeral 5° del artículo 25 y los artículos 13, 40 y 68 de la Ley 80 de 1993 (pág. 1)

Si bien Colombia Compra Eficiente acepta que se pueden pactar paneles de expertos en los contratos públicos, posteriormente manifiesta que no se configuran como un MASC, porque

En atención a su naturaleza, los paneles de expertos son un mecanismo para que las partes administren sus derechos y obligaciones mediante cooperación en el

mismo contrato y no constituyen un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ni sus decisiones sustituyen o tienen los efectos de las decisiones jurisdiccionales, incluidas las decisiones arbitrales. (2015, pág. 1)

Estos argumentos a nuestro parecer son muy criticables, porque la entidad pública ni siquiera hace una descripción de lo que son los MASC, como para determinar específicamente si estos tienen esa naturaleza o no; al contrario, se delimitan únicamente a describir la figura y a darle validez teniendo en cuenta que es de carácter contractual, pero oponiéndose sin ningún argumento de peso a que sea un MASC.

Respecto del reconocimiento de los MASC, nos atenemos a lo que expresamos inmediatamente arriba cuando nos referimos al concepto de la Contraloría.

Ahora bien, otro argumento para considerar que la figura no es un MASC es la vinculatoriedad de sus decisiones, porque según Colombia Compra Eficiente (2015), *“ni sus decisiones sustituyen o tienen los efectos de las decisiones jurisdiccionales, incluidas las decisiones arbitrales”* (pág. 1). Entonces, ¿la función principal de un MASC es sustituir o tener efecto de una decisión jurisdiccional? Para ello es necesario acudir a su definición, que dista con la función que la atribuye la presente entidad pública; el Ministerio de Interior y de Justicia (2010) establece que son:

“mecanismos jurídicos con el objeto de solucionar las diferencias que se presentan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación de los contratos del Estado, en busca del cumplimiento completo del objeto contractual para lograr la satisfacción de los fines estatales” (pág. 15)

Entonces, la finalidad de aplicar un MASC no es proferir que tengan una fuerza jurisdiccional, sino resolver los conflictos que se susciten en el contrato sin necesidad de acudir a los organismos ordinarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, afirmamos que la función principal de un MASC no es sustituir o tener efecto de una decisión jurisdiccional, sino resolver los conflictos que se susciten en la ejecución del contrato por parte de los mismos contratantes, buscando los medios idóneos para hacerlo, sin tener que acudir a la vía judicial. Ejemplo de ello es la figura del arreglo directo, el cual es reconocido como un MASC, pero sus decisiones no cumplen la función que le quiere imponer Colombia Compra Eficiente, debido a que estas son meros compromisos contractuales sobre cualquier asunto específico del contrato, pero no tienen el efecto de una decisión jurisdiccional.

Como conclusión, este argumento no es suficiente para que la ANI haya eliminado dentro de las cláusulas contractuales de los contratos de concesión de la Ruta del Sol a los DB, porque si bien podrían aceptar que no son MASC, debido a que no están tipificados en la ley, eso no desvirtúa la capacidad de los paneles para solucionar los conflictos del contrato, más cuando en ese mismo concepto de Colombia Compra Eficiente se le reconoce plena validez a la utilización de los DB dentro del sistema jurídico colombiano.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que las entidades del Estado no dieron una argumentación suficiente para invalidar la utilización de los paneles de expertos en los contratos estatales, además de avizorar una confusión en lo que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Entonces, el efecto de los conceptos de la Contraloría General de la República y Colombia Compra Eficiente generaron un retroceso en la implementación de nuevos mecanismos diferentes a los

tradicionales, que podrían contribuir de una manera beneficiosa a la descongestión judicial y la ejecución adecuada y a término de los contratos estatales, tal como lo hemos reseñado con anterioridad.

Teniendo en cuenta que estos conceptos fueron el fundamento para modificar las cláusulas que establecían a los DB como formas de solución de los conflictos contractuales en los contratos de concesión 002 y 007 de 2010, nos parece curioso que no se haya modificado el 001 de 2010, cuando las cláusulas son idénticas, es decir, en este último contrato el panel de expertos funcionó hasta la culminación de la construcción de la infraestructura vial.

Esto nos permite inferir que no hubo un estudio profundo de si la figura era completamente aplicable a los contratos estatales, porque de haber sido así se hubiera eliminado la cláusula de los DB en el Contrato de Concesión 001 de 2010. Esto nos deja la puerta abierta para aplicar la figura a futuros contratos de concesión.

No obstante, a pesar de lo estudiado, surge el interrogante de si aplicarlo como figura contractual o como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el cual resolveremos en el siguiente acápite.

1.5. DB y los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Tradicionalmente, cuando se suscitan problemas o controversias entre las partes de una relación jurídica, como puede ser un negocio jurídico o un contrato, el primer mecanismo utilizado por las partes involucradas es la vía judicial, sin embargo, la jurisdicción históricamente ha presentado problemas con respecto a la demora en la resolución de conflictos, además, su excesivo formalismo

evita que una controversia que pudo ser resuelta fácilmente, se torne en trámites engorrosos y prolongados en el tiempo más de lo esperado.

En consecuencia de lo anterior, las partes han buscado acudir a métodos diferentes a los tradicionales, por medio de los cuales la resolución de las controversias sea más ágil y sencilla. Como respuesta a las anteriores necesidades, surgen los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC), los cuales, según Paredes Carbajal y Gray Chicchón (2008), son una vía alternativa a la resolución de conflictos tradicional, es decir, mediante el órgano que tiene jurisdicción para hacerlo. Asimismo, el Ministerio del Interior y de Justicia los define como *“herramientas que ofrecen a las personas diversas oportunidades para solucionar sus conflictos por sí mismas o con la ayuda de un tercero sin la necesidad de acudir a despachos judiciales”*. (s.f.)

A pesar de que en Colombia no hay una ley que defina específicamente qué son los MASC, la Corte Constitucional ha dicho en la Sentencia C-222 (2013) que sus características son:

(i) Buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial. (pág. 21)

Adicional a lo anterior, podemos concluir que los MASC se utilizan en virtud de la autonomía de la voluntad, como manifiesta Expósito Vélez (2019):

“(...) la autonomía de la voluntad se manifiesta en dos momentos: en el primero, en la facultad de escoger entre varios mecanismos bajo la inclusión de una cláusula

accidental en el contratado como la conciliación, el arbitraje o la mediación, o la consecuencia de varias cláusulas escalonadas; y el segundo momento, en el consensualismo de las partes de darle fin a la controversia. En el primer caso, existiendo una potestad discrecional de la Administración y en el segundo una sumisión a la fuerza vinculante de la decisión tomada bajo el mecanismo de solución de controversias”. (pág. 151)

Teniendo en cuenta la fuente de la aplicación de los MASC, así como sus características, podemos afirmar que los más utilizados en Colombia son el arbitraje, la conciliación, la amigable composición, la transacción, la mediación y la negociación o arreglo directo¹⁰.

Conforme a la definición y a las características, ¿se podría considerar a los DB como un tipo de MASC? En definitiva se puede afirmar que los DB lo son, ya que el hecho de que no se encuentren tipificados en nuestra legislación interna, no quiere decir, como ya explicamos en el presente capítulo, que no pueda ser utilizado para resolver disputas; lo que sucede es que cuando se encuentran regulados expresamente por la ley, como expresa Nossa Lesmes (2019), es ella misma la que le da los efectos jurídicos que debe tener el acuerdo final, es decir, si no se cumplen los requisitos establecidos en la normatividad, no tendrá los efectos que se le hayan atribuido, a diferencia de lo que ocurre con los que no están tipificados, porque para su aplicación se necesitará cláusula expresa en el contrato y la falta de aplicación traerá los efectos de incumplimiento contractual, lo cual no desvirtúa la naturaleza de los DB como MASC.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso del arbitramento y la conciliación como MASC, las diferentes cámaras de comercio del país tienen sus propios reglamentos, por lo que las partes se

¹⁰ Sin embargo, hay muchos más mecanismos de solución de conflictos, como los jueces de paz, renuncia, allanamiento, la conciliación en equidad, las autoridades indígenas, entre otras.

pueden ceñir a dichos reglamentos, si es que quieren ser asistidos por la estructura sólida de estos entes privados; de no ser así, estarán completamente regidos por las leyes de conciliación y arbitraje (Ley 640 de 2001 y Ley 1563 de 2012, respectivamente). Además, como se vio en la experiencia internacional, algunas cámaras de comercio y entes especializados en construcción o ingeniería tienen reglamentos para la implementación de los DB en los contratos de construcción e infraestructura.

De acuerdo con esto, lo más recomendable en el caso colombiano sería la implementación de reglamentos por parte de las cámaras de comercio nacionales (siendo un ente parecido al Tribunal Arbitral de las Ingenierías), lo cual permitiría configurar los DB como un MASC aceptado por el ordenamiento, incentivando su posterior regulación legal.

Para finalizar con los MASC, se debe nombrar al arreglo directo como uno de aquellos más utilizados por las partes en los contratos estatales, además de constituirse como uno de los más básicos y principales en la contratación estatal, según su definición, *“busca que las partes de forma directa sin intermediarios acuerden una solución justa, adecuada y proporcional dentro de las condiciones específicas de su relación contractual, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se han presentado durante ésta, y el comportamiento de las partes frente a tales eventos”* (Ministerio del Interior y de Justicia, 2010, pág. 26).

Es de resaltar que la figura no tiene una regulación expresa en el ordenamiento jurídico y sin embargo se utiliza como MASC, por lo cual resulta relevante su naturaleza, debido a que compartiría la misma condición con los DB, los cuales, como ya se mencionó, no están regulados.

De lo anterior surge el interrogante de cómo es posible que se aplique el arreglo directo cuando no hay regulación alguna sobre la materia. La respuesta la encontramos en la autonomía de la

voluntad, porque el arreglo directo “*correspondería a cualquier mecanismo de acercamiento entre las partes del contrato estatal con la intención de solventar diferencias, reflejando su consenso en documentos de tipo contractual, como son las modificaciones o adiciones de contratos o la propia liquidación, respecto de asuntos que sean de carácter transigible*” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2010, pág. 26)

Esto nos parece de suma importancia, porque de manera implícita establece que las partes son aquellas quienes tienen la facultad de resolver sus propios asuntos, lo que significa a su vez, que son ellas mismas las que, dándose reglas propias, pueden establecer modificaciones al contrato para llevar a cabo su correcta ejecución sin ningún tipo de permiso o validación especial, salvo que los asuntos sean de carácter intransigible, teniendo en cuenta que quien interviene es una entidad pública.

Esta es una de las razones que permite inferir que los DB pueden ser aplicados sin necesidad de una regulación específica, basados en la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta que los paneles de expertos son pactados por las partes en el contrato y son ellas las que deciden qué tipo de conclusiones son las que deben expedir los panelistas.

Ahora bien, no hay razón para no utilizar los DB, teniendo en cuenta que si el arreglo directo se puede aplicar libremente en la contratación estatal, con mayor razón el panel de expertos se podría aplicar debido a que es una figura sumamente completa y estructurada, porque tiene unos procedimientos claros, unas funciones específicas, los miembros deben ser expertos y, en fin, revisten el contrato de la seguridad jurídica de la que podría carecer el arreglo directo.

En respuesta a la pregunta que nos planteamos en la parte final del subcapítulo anterior, el fundamento para que los DB sean implementados en los contratos para resolver sus disputas es la

autonomía privada de las partes, lo que significa que es una figura contractual, lo cual no implica que se pueda configurar como un MASC; en síntesis, es una figura contractual y su naturaleza jurídica, así como sus características lo consagran a su vez como un MASC, solo que sus efectos no estarán regulados en la ley como tal, sino en el contrato, debido a que no ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II: Aplicación de los DB en los contratos de infraestructura vial

Hoy día las cargas contractuales del Estado son mucho mayores a lo que eran en el pasado; la Administración ha evolucionado de tal forma que en pro del interés general se ha dispuesto la construcción de determinadas obras para la comunidad, que generalmente son hospitales, colegios, puertos, vivienda y, entre otras, la construcción de carreteras, esta última, la que consideramos de suma importancia, debido al impacto que tiene en la economía y en la calidad de vida de las personas.

Según Niño Henao (2015), haciendo referencia a un estudio de Fedesarrollo, “*la infraestructura, la logística y el transporte son factores determinantes en el desarrollo de un país*” (pág. 34), a la vez que la falta de carreteras repercute en mayores costos de transporte interno, costos sociales por accidentalidad en las vías y salud pública.

En concordancia con lo anterior, Fedesarrollo (2013) en dicho estudio manifestó que es de vital importancia tener una infraestructura óptima en el país, porque potencia no solo el transporte, sino también la economía. Este tipo de infraestructura es un pilar fundamental de la economía productiva colombiana, toda vez que conecta a las regiones con las capitales y facilita la prestación de determinados servicios públicos.

Teniendo en cuenta la importancia de la infraestructura vial en el país, se expidió la Ley 1682 de 2013, mediante la cual, en su exposición de motivos la Ministra de Transporte de la época, Cecilia Álvarez (2013), ponente por parte del Ejecutivo del proyecto, dijo que:

Colombia requiere una infraestructura de transporte que esté a la altura de las necesidades actuales del país. Su competitividad y capacidad de responder a los logros alcanzados en otros ámbitos, demandan una expansión extraordinaria de la

infraestructura de transporte, en el corto plazo. Por tal razón es necesario expedir una Ley que remueva los obstáculos que entorpecen su desarrollo, y promuevan una mayor eficacia en el sector. (pág. 1)

No obstante, la simple construcción de carreteras no describe la palabra infraestructura, porque esto último es un concepto mucho más complejo, como bien establecen Jorge Enrique Santos y Juan Carlos Expósito (2009), “*hace referencia a la existencia de una red organizada para la prestación del servicio público*” (pág. 90), que en el caso de las vías del país “*(...) no se conforma únicamente de la construcción o el mantenimiento de una vía, sino que se prestan otros servicios adicionales a ella, como las grúas o los carrotalleros (...)*” (pág. 95), a lo que se le podrían añadir la creación de peajes en las carreteras, así como su respectiva señalización, para dar más ejemplos de la multiplicidad de factores que constituyen la infraestructura.

Siendo así, consideramos que Colombia viene en un paulatino crecimiento en lo que tiene que ver con este tipo de obras públicas y, como consecuencia de ello, el Estado se ha interesado en adjudicar en proyectos cuantiosos y de una larga duración para la construcción de esta clase de obras, razones suficientes para dedicar el estudio de esta tesis a los fines de la infraestructura vial o de transporte.

Una vez dicho todo esto, procederemos a definir concretamente los contratos de infraestructura vial y, posteriormente, las controversias contractuales que se pueden presentar en la ejecución de estos, para, seguidamente, estudiar la forma de resolverlos y la eficacia que tienen los mecanismos que usualmente se usan, para finalmente, introducirnos al tema de los DB en este tipo de contratos.

2.1. ¿Qué son los contratos de infraestructura vial?

A través de la Ley 105 de 1993 se dictaron disposiciones básicas sobre el transporte. Posteriormente, la Ley 1682 de 2013 adoptó medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte. Más exactamente, en su artículo 2 define esta tipología contractual de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2o. La infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos.

Como se puede notar en la definición, no se trata solamente de construcción de carreteras, sino un conjunto de acciones para lograr un sistema de movilidad, con el fin de conectar las ciudades productivas del país entre ellas, generando como consecuencia la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Ahora bien, el contrato a través del cual se materializa la infraestructura vial es la concesión, donde el Estado al no contar con recursos suficientes para el objeto del contrato acude a los recursos de los privados para ejecutar la obra, a cambio de que los ingresos que produzca el proyecto sean asignados al concesionario por un periodo determinado hasta tanto se pueda pagar el costo de la obra, revirtiendo dichos bienes al Estado cuando esto ocurra (Matallana Camacho, 2015).

Históricamente en Colombia el desarrollo de la infraestructura vial se origina en 1997 (Muñoz Prieto, 2002), lo que nos permite inferir que es una materia que tiene un poco más de 20 años de desarrollo, diferente a los demás tipos de infraestructura del país, que se encuentran en un estado mayor de avance, por lo cual, para el Ejecutivo, quien presentó el proyecto de ley al Congreso, y este último que aceptó su implementación en el ordenamiento jurídico, la infraestructura del transporte es un tema de suma importancia, que merece una regulación especial, por sobre otros, como se manifiesta en la exposición de motivos, en la que la Ministra Cecilia Álvarez (2013) establece que:

El presente proyecto de ley no es una ley que regule la infraestructura en general, sino a la infraestructura del transporte; en consecuencia no es aplicable la provisión de infraestructura en otros sectores, como tampoco el régimen de competencias del sector de infraestructura de transporte. (pág. 4)

Por ende, podemos concluir que el tema al que nos estamos limitando tiene una regulación precisa y además una importancia palmaria para la economía del país.

Para finalizar, el Reporte de Competitividad Global de los años 2017 a 2018 del Foro Económico Mundial ubica a Colombia en el puesto 110 entre 137 países respecto de infraestructura de carreteras del mundo, en lo que tiene que ver con la calidad de las vías, clasificándose entre los países con la peor infraestructura de carreteras (Zamojcin Rodríguez, 2019).

Así como lo señala Martha Zamojcin (2019), “Colombia continua fuertemente rezagada en términos de su infraestructura de carreteras, lo cual, evidentemente, ha impactado negativamente la economía del país y su adaptación a los cambios y dinámicas del comercio y la economía en el ámbito internacional” (pág. 8), razones suficientes para encontrar un método idóneo y eficiente

con el fin de desarrollar los contratos de infraestructura vial de manera adecuada desde el inicio hasta el final de su ejecución, por lo que el estudio de esta figura contractual (DB) en particular es más que pertinente para este caso.

2.2. Posibles problemáticas suscitados en esta tipología contractual.

Con el fin de establecer determinadas problemáticas que consideramos importantes en este tipo de contratos, se debe hablar en primera medida de las diferentes generaciones de los contratos de concesión, porque dependiendo del tipo de generación del contrato se suscitan determinadas controversias. A continuación, se hará una breve explicación sobre la clasificación de dichas generaciones¹¹ y algunos de sus respectivos inconvenientes en la ejecución.

En el ordenamiento jurídico interno los contratos de concesión se han clasificado de la primera a la cuarta generación, a través de los cuales se busca ir identificando los beneficios y los desaciertos de la aplicación de cada una de estas generaciones. Siendo así, en cada generación se ajusta el contrato teniendo en cuenta las experiencias vividas en la inmediatamente anterior, por ende, la cuarta generación es la última evolución de los contratos de concesión, porque trae regulaciones financieras, jurídicas y de riesgos que no fueron previstas en las anteriores tres generaciones.

Como conclusión, cada vez que el Estado va a contratar la construcción de una obra de infraestructura vial lo hace según las reglas preestablecidas de la cuarta generación de los contratos de concesión, que tienen un modelo preestablecido, lo que pretende evitar que los problemas que se han presentado en el pasado vuelvan a suscitarse.

¹¹ Se debe anticipar que no se hará un estudio profundo o exhaustivo de cada una de las generaciones del contrato de concesión, porque en particular ese no es el tema que nos atañe en esta investigación, sino que se tratarán de manera somera para contextualizar al lector sobre algunas problemáticas de dichos contratos.

En la primera generación se establecía una cláusula de ingreso mínimo garantizado que tenía la naturaleza de contraprestación para la recuperación de la inversión del concesionario, que consistía en el recaudo de los peajes de las vías durante el término del contrato de concesión, lo que significaba que el Estado asumía los sobrecostos por la falta del ingreso mínimo en los peajes. Esto se consideró una desventaja para el Estado, por lo cual en los contratos de concesión de segunda generación se retira el concepto de ingreso mínimo garantizado y se remplaza por la cláusula de ingreso esperado, que consiste en que la inversión hecha por el concesionario se recuperará en el tiempo que sea necesario, por lo cual no hay un plazo cierto establecido para la finalización del contrato de concesión, sino que este se dará una vez el concesionario haya recuperado la totalidad de la inversión (Pedroza Villegas, 2016).

Adicionalmente, en la primera y segunda generación se presentaron inconvenientes en la ejecución del contrato en términos prediales, de licencias ambientales, inconvenientes en la asunción de riesgos geológicos, así como diseños ambientales insuficientes en la etapa precontractual (Zamojcin Rodríguez, 2019).

En la tercera generación la asunción de riesgos a cargo del concesionario era mayor que en las primeras dos generaciones de contratos de concesión. Además, se flexibilizaron los requerimientos para participar como inversionista en este tipo de contratos. Sin embargo, los contratos de tercera generación fueron evolucionando, lo cual permitió modificar el modo en el que se remuneraba al concesionario, el cual consistía en entregarle aportes al concesionario según el cumplimiento de hitos parciales de la obra (Pedroza Villegas, 2016).

En la tercera generación uno de los cambios fundamentales fue que “*se trasladó la gestión de compra de predios a los concesionarios. La Expropiación y los riesgos por sobrecostos quedaron parcialmente a cargo del Estado*” (Fajardo Peña, 2019)

Uno de los principales problemas en la estructuración de estos contratos en las tres generaciones fue la asunción de los costos en los proyectos, que por su magnitud era de difícil financiamiento por parte del Estado al pagar muchos de los rubros que la obra requería, por ende, se expidió la Ley 1508 de 2012, mediante la cual se reguló la figura de las asociaciones público-privadas, que es el marco en el que se nacen las concesiones de cuarta generación. En ese sentido, el documento CONPES 3760 (2013) estableció que el concesionario debía financiar la construcción de la infraestructura.

Sin embargo, a pesar de las modificaciones que se han hecho en cada una de las generaciones, se siguen presentando problemas en lo que tiene que ver con gestión predial, licenciamiento ambiental, consultas previas, traslado de redes y servicios públicos. Aunado a esto, hay controversias más estructurales, como la corrupción falta de vigilancia en la calidad de los procedimientos e idoneidad de materiales de construcción, como se puede apreciar en el caso de Odebrecht, así como los puentes de Chirajara e Hisgaura¹².

Ahora bien, en la generalidad de los contratos de concesión en América Latina, expresa Jerry Brodsky (2014) que se presentan más que todo problemas de índole financiero:

a raíz de desacuerdos sobre el alcance de los trabajos o suministros; montos a pagarse por trabajo, equipo o material, cronograma de trabajo a cumplirse. Esto, a su vez, a raíz de las diferencias en la interpretación de los documentos contractuales relacionados a las especificaciones y otros requerimientos contractuales y otros requerimientos contractuales y técnicos, trabajos y suministros adicionales (p. 74).

¹² Como menciona Zamojcin, el puente aún no se encuentra en funcionamiento, pero presenta problemas estructurales prematuros.

2.2.1. Solución por vía jurisdiccional.

El legislador estableció la forma natural para resolver los conflictos derivados del contrato estatal en la Ley 80 de 1993, artículo 75, estableciendo que las controversias que tengan que ver con estos contratos en lo que tiene que ver con su ejecución o cumplimiento será la jurisdicción contencioso-administrativa.

El proceso establecido en dicha Ley se atiene expresamente al artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, el cual fue incorporado a través del artículo 23 del Decreto 1818 de 1998, en el que se desarrolla la conciliación judicial en materia civil, por ende, solamente se dirige a esa materia específica, es decir, la etapa de la conciliación en los procesos judiciales de contratación estatal, sin embargo, no establece unos términos fijos entre etapas del proceso. Además, la Ley no es clara al establecer el proceso judicial por este tipo de controversias. No obstante, la Ley 1437 de 2011, por cierto, norma posterior y especial en lo que tiene que ver con el proceso judicial de controversias contractuales, estableció el proceso de manera clara y detallada.

De conformidad con lo anterior, la Ley 1437 de 2011, que es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA), desarrolló distintos medios de control, entre los que se encuentra el de controversias contractuales, a través del cual, según el artículo 164 se puede declarar la existencia, la validez o invalidez, la nulidad, la revisión, el incumplimiento, la indemnización de perjuicios y la liquidación, todo en lo que tiene que ver con el contrato estatal.

A. Ventajas.

La ventaja fundamental se centra en que al ser proferido por jueces de la República cuentan con la fuerza vinculante que reviste a todas las actuaciones jurisdiccionales, por lo cual los procesos que

se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por regla general, no podrán volver a ser revisados por el efecto procesal de la cosa juzgada y, por ende, las partes deben cumplir las decisiones en esta instancia judicial proferidas.

Otra ventaja radica en la gratuidad de los servicios judiciales en cabeza del Estado, por ende, la solución de las controversias no significará erogación alguna, o será de muy bajo costo, teniendo en cuenta el pago de aranceles judiciales, por partes de quienes ponen en conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa dicha controversia.

B. Desventajas.

La mayor desventaja la encontramos en la falta de regulación de un término de duración de la totalidad del proceso, a diferencia de lo que ocurre en las otras especialidades de la jurisdicción, como la civil, penal o laboral, en donde hay un término en el cual el juez debe fallar, porque si no perderá la competencia.

Ahora bien, el CPACA establece en ciertas etapas procesales un término para evacuarlas, pero no en la totalidad de ellas. De esa manera, se hará un recuento de las diversas etapas procesales que se deben surtir en el proceso contencioso-administrativo:

- Entre la presentación y admisión de la demanda no hay término.
- Entre la admisión y contestación de la demanda hay un término de traslado de 55 días, dividido entre 25 para notificar a todos los demandados y 30 para contestar propiamente la demanda.
- La fijación de la audiencia inicial no tiene un término.
- La audiencia de pruebas debe realizarse en un término máximo de 40 días siguientes a la terminación de la audiencia inicial.

- La duración de la audiencia de pruebas no puede superar los 15 días.
- Finalizada la audiencia de pruebas, la audiencia de alegaciones y juzgamiento debe ser desarrollada en un término no mayor a 20 días, o si se considera que se deben presentar los alegatos por escrito, el límite son 10 días.
- Por último, el juez debe dictar sentencia dentro de los 20 días siguientes a la terminación de la audiencia o a la presentación del escrito de alegatos.

En síntesis, si sumáramos los términos tendríamos un total de 150 días hábiles, en los cuales se debería resolver la litis. No obstante, como ya lo dijimos, no todas las etapas procesales cuentan con términos claros, por lo cual no hay una seguridad jurídica respecto a la duración del proceso; esto se presta para que el juez a su arbitrio sea el que establezca cuál será el tiempo en que el proceso debe culminar, contando únicamente con su apreciación subjetiva.

Esto ha desencadenado en que los procesos, como ya es bien sabido en la práctica, tengan una duración de aproximadamente entre 10 o 15 años. Aunado a esto, la demora en proferir sentencias desencadena en la congestión de los despachos judiciales, tanto así, que el Consejo de Estado se encuentra fallando procesos que se iniciaron al inicio del Siglo XXI.

2.2.2. Solución por vía de los MASC.

Según la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Estatal), la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) y la Ley 1682 de 2013 (Ley de Infraestructura), los MASC desarrollados para los contratos de infraestructura vial por medio de la concesión en estas leyes son el arbitraje, bien sea nacional e internacional, así como la amigable composición¹³.

¹³ Se debe aclarar que las tres leyes citadas hacen referencia al contrato de concesión

A modo de aclaración, tenemos presente que hay otros MASC que no serán tratados, debido a que son las anteriores leyes las que profundizan en el arbitraje y la amigable composición de manera exclusiva y específica. Además, teniendo en cuenta el estudio hecho, son estos dos MASC los que más se utilizan en los contratos de concesión de infraestructura vial y con los que compete directamente el panel de expertos.

De manera breve, se pueden definir las figuras de la siguiente manera:

- ✓ Arbitraje (Ley 1563, 2012, art. 1): *“(...) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativo a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”*

En este tipo de MASC, hay que mencionar que puede ser de naturaleza nacional o internacional, según la calidad de las partes y lo que se haya pactado en el contrato, con respecto a la ley aplicable para la resolución y trámite del conflicto.

- ✓ Amigable composición (Ley 1563, 2012, art. 59): *“(...) es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.”*

A. Ventajas.

En el arbitraje:

Esta figura ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico como un mecanismo que tiene función jurisdiccional; en primera medida, la Constitución Política en su artículo 116 manifiesta que de

manera transitoria los árbitros habilitados por las partes pueden proferir fallos en derecho o equidad, por lo cual los laudos expedidos en el proceso arbitral gozan de fuerza ejecutoria y cosa juzgada, la misma que si se estuviera ante una sentencia de la jurisdicción. En ese sentido, los laudos arbitrales revisten una naturaleza especial, la cual permite que sus decisiones sean ejecutadas como si el proceso fuera llevado normalmente por el medio de control ya descrito, sin embargo, con unas ventajas mayores.

Además, se encuentran otras ventajas, como un término específico de duración del proceso, que será de 6 meses prorrogable por un término máximo 6 meses desde que se finalizó la primera audiencia de trámite, por lo cual, se tiene como un término inferior al de la jurisdicción contencioso-administrativa. Adicional, los árbitros tienen conocimiento específico sobre el tema objeto de la litis, lo que permite una mayor especialización en la resolución del conflicto¹⁴.

Por último, las partes se sustraen de las contingencias que pueden ocurrir en la vía jurisdiccional, como son los paros o vacaciones judiciales.

En la amigable composición:

La amigable composición goza de celeridad, ya que, al ser un proceso con poca regulación legal, es decir, pocos artículos en la Ley 1563 de 2012, el proceso que tiene que surtir para que el amigable componedor dé su veredicto debe ser establecido por las partes y a falta de acuerdo entre ellas, se podrá acudir al reglamento del centro de arbitraje y conciliación que se elija. Como consecuencia de ello, se consolida como un mecanismo flexible y sin solemnidades o ritualismos adicionales, por lo que se resuelve más rápido la controversia que en las vías del arbitraje y judicial.

¹⁴ A pesar de estas ventajas, más adelante se estudiará si en la práctica estos beneficios realmente se cumplen y son eficaces para este tipo de controversias.

Los costos son bajos. Esto, debido a que las partes pueden establecer el valor de la cuantía y de no establecerla podrán remitirse al marco tarifario de los centros de arbitraje en el que vaya a ser contratado el o los amigables componedores. Este marco establece un porcentaje sobre la cuantía del proceso que se va a llevar a cabo, siendo el porcentaje más alto el del 8% en los trámites de la cuantía menor y el porcentaje más bajo, el del 4%, en los trámites de la cuantía superior (Cámara de Comercio de Bogotá, s.f.).

B. Desventajas.

En el arbitraje:

La mayor desventaja son los costos del arbitraje, ya que las partes establecen cuáles serán los honorarios, sin que estos puedan superar los mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Adicional a los árbitros, debe nombrarse un secretario, el cual tiene un límite en sus honorarios de la mitad de los de un árbitro.

Usualmente, las cifras pactadas en los contratos para recurrir al arbitraje rondan sumas exorbitantes, que generalmente se encuentran en el límite establecido por la ley. El costo real de la utilización del arbitraje radica en la cuantía de cada contrato y la vigencia del mismo. Para el particular, es pertinente citar a Unirrago Dorado (2015, pág. 44) en el siguiente sentido:

“Entonces, si una Entidad Estatal y un contratista deciden convocar un tribunal de arbitramento con tres árbitros para el año 2015, con una cuantía igual o superior a 1746 SMLMV, equivalente a \$ 1.136.898.000 COP, el costo estimado del tribunal, incluyendo las agencias en derecho (Acu. 1887/03) y excluyendo los mayores honorarios pactados entre las partes y sus apoderados y el valor de los peritos, sería el siguiente:

Concepto	C/U	Total
Árbitros	644,350,000	1,933,050,000
Secretario	322,175,000	322,175,000
Gastos iniciales	1,288,700	1,288,700
Gastos Administrativos Centro de Arbitraje	322,175,000	322,175,000
Agencias en derecho	168,755,265	168,794,550
Total		2,747,443,965

*Tabla 2 Costos estimados de los tribunales de arbitramento.
Fuente: Iván Unigarro Dorado, Decreto 1829 de 2013, y Acuerdo 1887 de 2003.*

De esa manera, a modo de ejemplo, estos son los costos calculados por el doctrinante para el 2015. El costo de un proceso arbitral hoy día, en el caso de un tribunal tripartito con su respectivo secretario, sería de \$2.898.406.000 COP. Ahora, se debe aclarar que esta es la cuantía por una sola controversia, es decir, el costo total dependerá del número de controversias que se susciten en todo el contrato, por lo que para un mismo contrato se pueden configurar diferentes tribunales de arbitraje.

Teniendo en cuenta el costo, se podría concluir que no todas las personas pueden acceder a este mecanismo, a razón de que, si no se pagan los honorarios, “*el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso*” (Ley 1563, 2012, art. 27).

En la amigable composición:

En el proceso para que el amigable componedor pueda decidir una controversia, simplemente las partes le entregan el asunto a su conocimiento y es este el que decidirá de plano la solución a ese asunto. Por lo cual, las partes se alejan de la posible solución, generando que el amigable componedor sea quien tenga la última palabra, lo que podría vulnerar el derecho de contradicción,

toda vez que las partes solo intervienen en el proceso de decisión al entregar el asunto al conocimiento del amigable componedor y no hay un debido proceso, por lo menos legal, para llegar a la conclusión a la que llega este tercero.

Una de las críticas fundamentales a la figura es que la decisión del amigable componedor no tiene los efectos que tiene un laudo arbitral o una sentencia judicial, lo que no quiere decir que esta no sea obligatoria para las partes, sino que solo podrá ser revisada por temas de forma y no de fondo, toda vez que la decisión tiene carácter de transacción y por consiguiente de cosa juzgada, tal como lo establece la ley; solamente se podrá demandar el acto decisorio por su inexistencia, invalidez o ineficacia. Lo anterior impide que la decisión sea revisada por otra autoridad, sino que se atenderá únicamente a lo que haya establecido el amigable componedor.

2.3. Dispute Boards en Colombia. ¿Es eficaz su implementación o es una sobrecarga en la ejecución del contrato?

Con el objeto de responder esta pregunta, nos propondremos estudiar la comparación de los DB con la utilización de los MASC anteriormente estudiados, es decir, el arbitraje y la amigable composición; posteriormente hablaremos sobre la eficacia de las decisiones del panel y; finalmente, daremos nuestra opinión sobre si es una sobrecarga en la ejecución del contrato.

Los contratos de concesión en infraestructura vial, por su naturaleza y complejidad son proclives a generar distintas controversias durante su ejecución, por lo cual es

“necesario superarlos de manera eficaz con el fin de no afectar los objetivos de la administración que motivaron a la constitución de la concesión. Es en este punto en donde los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una pieza

fundamental que evita acudir a la jurisdicción y continuar con el desarrollo contractual.” (García Díaz, 2017, pág. 31)

Por un lado, encontramos el arbitraje, que es ampliamente conocido en la práctica como una de las formas por excelencia para resolver los conflictos en los grandes contratos de larga duración, sin embargo, como menciona Figueroa (2019), este ha adoptado las mismas características de la vía jurisdiccional que siempre ha tratado de evitar, porque se volvió excesivamente costoso e ineficiente; esto se puede observar mucho más en los proyectos de infraestructura en donde la cantidad de problemas que pueden surgir necesitan de un proceso rápido de toma de decisiones que los evite y no que entren a decidir cuando ya se han configurado.

Esto, a diferencia de los DB, que evitan que surja la controversia y, segundo, si llega a presentarse a pesar de la función de prevención, al estar constituido el panel desde el inicio de la ejecución, puede emitir conclusiones de una manera más ágil y eficaz, por el conocimiento especializado del proyecto.

Adicional a esto, como manifiestan Jaime Gray y Jonnathan Bravo (2014), la principal razón que justifica a los DB es que estos, a diferencia del arbitraje, se adaptan a la naturaleza de la obra, por lo que *“se adecúa a las exigencias naturales de conflictividad y de reclamación durante la etapa constructiva”* (pág. 34), siendo la herramienta ideal para evitar que la obra incurra en paralizaciones y erogaciones superiores e imprevistas a las que se contemplaron en el contrato.

Adicional a ello, la mala práctica de las reglas del arbitraje ha generado que este deje de ser efectivo, debido a la *“falta de conocimiento por parte de algunos árbitros o apoderados, quienes son nombrados sin tenerse en cuenta su conocimiento en la materia”* (Rodríguez Fernández, 2006, pág. 3), cosa que no sucede en los paneles de expertos, porque, como su nombre lo indica, estos

son escogidos por sus conocimientos y experiencia en un tema específico. Además, en el arbitraje, los árbitros son en la mayoría de los casos abogados que han trabajado en la resolución de controversias técnicas, basándose en lo que dicen los peritos, pero no tienen un conocimiento propio del asunto materia del litigio, por lo que sus decisiones son gozan de la idoneidad necesaria.

Otra de las críticas que se puede hacer al arbitraje tiene que ver con el tiempo en el que se profiere el laudo arbitral. Si bien la ley establece un término de seis meses prorrogables por otros seis meses (Ley 1563, 2012, art. 10), esta misma prevé igualmente la facultad de las partes de suspenderlo (Ley 1563, 2012, art. 11) y a los árbitros les otorga la posibilidad de solicitar prórrogas con la anuencia de las partes, lo que genera una duración superior a la que se planteó inicialmente, lo que desnaturaliza el objetivo que tiene el arbitraje de ser un mecanismo expedito, a diferencia de la vía judicial, porque nació precisamente como un remedio a la mora judicial, lo que nos permite concluir en este punto que se afecta el interés general al paralizar por tanto tiempo la obra, situación que no tienen en cuenta las partes ni los árbitros al suspender y prorrogar el proceso y por ende el laudo. Ejemplo de ello, como señala Durán Leal (2017), es que se convocó el tribunal de arbitraje para resolver las controversias entre *“la Agencia Nacional de Infraestructura y el concesionario de la carretera Bogotá–Girardot (...) el 24 de octubre del 2012, y el laudo fue expedido el 13 de enero del 2016. ¡Más de 3 años de trámite!”* (párr. 4).

Adicional a ello, se puede hacer la misma crítica en lo que atañe a la demora en el Laudo de Concesionaria de Ruta del Sol S.A.S. en contra de la ANI, proferido el 6 de agosto de 2019, debido a que el proceso empezó el 6 de agosto de 2015, con lo cual se tienen 4 años exactos para la expedición de ese laudo en particular.

La capacidad de resolver los asuntos de manera eficaz por parte del DB consiste en que los expertos han tenido conocimiento del proyecto desde el inicio de su ejecución y los árbitros únicamente

cuando la controversia surgió, diferencia importante, porque los árbitros tendrán que hacer una investigación exhaustiva y muchas veces engorrosa acerca del asunto y su trasfondo, pero adicional, no conocerán de primera mano, sino de lo que se encuentre en las pruebas allegadas al proceso y lo que manifiesten las partes, por ende, no goza de la inmediación necesaria respecto del objeto de controversia, situación que sí ocurre en el caso del panel de expertos, porque se mantienen informados de manera presencial periódicamente sobre el devenir contractual.

Aunado a ello, como expresa Rodríguez Fernández (2006), “*el proceso arbitral se ha convertido en uno lento y cada vez más costoso*” (pág. 3); como ya mencionamos, el proceso arbitral puede llegar a costar \$2.898.406.000 COP, que no se tuvieron en cuenta a la hora de presupuestar los costos del contrato, en cambio, si desde el inicio del contrato se plantea como solución de conflictos el DB, ya se va a tener establecida una suma fija respecto del ejercicio de sus funciones. Esto de entrada significa que la controversia no va a tomar a las partes desprevenidas en términos financieros, toda vez que en la cuantía del contrato ya va a existir un cálculo y apropiación del gasto por este concepto.

En los contratos de concesión de infraestructura vial de la Ruta del Sol¹⁵, y de la Vía de las Américas (cláusula 15.01) no se establece una remuneración fija para los expertos, sino que cuando ellos lleven a cabo las funciones que establece el contrato, el concesionario será quien las pagará. Es curioso que en el contrato no se pacte una suma fija, por lo que consideramos que serán los mismos expertos los que pasarán una cuenta de cobro con los servicios prestados durante un término determinado o por determinada labor prestada.

¹⁵ Contratos 001 y 007 de 2010 en sus cláusulas 18.01 y en el Contrato 002 de 2010 en su cláusula 16.01.

Por otro lado, el Contrato de Concesión 1000078-OK-2010 del 6 de agosto de 2010 de la Concesión Terminales Aeroportuarios Nororiental sí especificó en su cláusula 109.6 la remuneración del panel de expertos. Como señala Unirrago Dorado (2015),

“los honorarios de los miembros del Panel de Expertos serían \$ 4.500.000 COP mensuales para cada miembro desde el inicio del contrato hasta su terminación, y una suma variable de \$ 2.000.000 COP para cada miembro por cada recomendación que diera el Panel (...) Teniendo en cuenta entonces que el panel estaba conformado por 3 profesionales, y que el contrato tenía una vigencia máxima de 300 meses, el costo estimado del Panel de Expertos era de \$ 4.050.000.000 COP.” (pág. 46)

Teniendo en cuenta que el valor total estimado del anterior contrato de concesión (cláusula 6.1) es de \$119.187.000.000, el valor total fijo estimado del panel de expertos es equivalente al 3% del valor estimado del contrato, siendo un porcentaje razonable para todas las tareas que tiene a cargo el DB, pero, además, como ya lo mencionamos, presupuestado desde el principio, y no sobreviniente, como ocurre en el arbitraje y la amigable composición.

Ahora bien, los costos no se reflejan exclusivamente en el valor intrínseco del proceso arbitral, sino también en las erogaciones en las que tienen que incurrir las partes por contratar a los abogados externos expertos en esa materia y por la paralización de la obra, lo que genera unos sobrecostos no planificados al momento de firmar el contrato.

El problema de la paralización de la obra que se presenta en los procesos arbitrales es resuelto con la implementación del *Dispute Adjudication Board*, que vuelve obligatoria la decisión una vez notificada a las partes, o el *Dispute Review Board*, cuando las partes no dicen nada al respecto, por

lo cual la recomendación se vuelve obligatoria después de un tiempo de notificada; a pesar de que las partes puedan oponerse a la conclusión emitida por el panel, esta debe ser cumplida, ya que debe ser ejecutada de inmediato, sin perjuicio de que pueda ser demandada en la vía ordinaria o arbitral. De esa manera la ejecución de la obra se mantiene incólume, es decir, no sufre las paralizaciones que normalmente ocurren al demandar la decisión por la vía arbitral.

Ahora, frente a la figura de la amigable composición,

“en la mayoría de los casos éstos están compuestos por abogados que a pesar de ser expertos en el campo jurídico, poco o nada saben sobre temas técnicos o de ingeniería. En pocas palabras, esto significa que sus determinaciones frente a la ejecución de la obra pueden llegar a ser imprecisas y, quizá, poco viables para el desarrollo de la misma” (López Ospina, 2016, pág.69)

A pesar de que la amigable composición ha sido de mucha ayuda en la resolución de conflictos de construcción, no consideramos que sea suficiente, porque la falta de conocimiento sobre temas no jurídicos hace que las decisiones que se tomen no sean adecuadas para resolver el asunto de tajo.

Por otro lado, según la definición del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012, se establece que *“el procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje”*. Entonces, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, no existe en el ordenamiento legal un procedimiento establecido para los amigables componedores en el ejercicio de sus funciones, sino diversos reglamentos en los centros de arbitraje y amigable composición de las cámaras de comercio de Colombia, por lo cual esto genera que no existan unas reglas imperativas legales que pongan unos mínimos a seguir por parte de los amigables componedores.

En el caso de los DB, tampoco hay un procedimiento legal, sin embargo, en este documento se describió de manera detallada el procedimiento existente a nivel internacional, que fue precisamente al que se ciñeron las partes de los contratos de concesión 001, 002 y 007 del 2010 para la construcción de infraestructura vial en la Ruta del Sol y 008 de 2010 para la construcción de la infraestructura vial de la Ruta de las Américas.

Como lo hemos expresado a lo largo de esta tesis, en el desarrollo de las audiencias del procedimiento de los DB posteriores a la exposición de la demanda al panel, se puede evidenciar la concreción de los principios generales del derecho procesal colombiano como el debido proceso, celeridad y el derecho de contradicción, buscando evitar la rigurosidad y la ritualidad en la que se basa la vía judicial y arbitral. Como consecuencia de esto, al respetarse los citados principios del derecho procesal, pero, también estableciendo un procedimiento más corto y expedito, el panel puede proceder a resolver las solicitudes de las partes ágilmente y atendiendo de mejor manera los requerimientos de las partes en un contrato tan complejo como es el de concesión de infraestructura vial, diferente a lo que ocurre en el procedimiento de los otros mecanismos nombrados.

Como prueba de ello, en nuestro ordenamiento está el antecedente de la utilización del procedimiento de los DAB en la construcción del Aeropuerto El Dorado, sin embargo, bajo el ropaje de la amigable composición (Durán Leal, 2017); esto nos lleva a pensar que las partes del contrato vieron una mayor eficacia en el procedimiento de los DB que en el que les podría brindar un reglamento de amigable composición de alguna cámara de comercio nacional.

Por otra parte, el Laudo de la Vía de Las Américas (2016) se pronunció sobre la validez de los DB en el contrato de concesión 008 de 2010, se refirió al procedimiento, explicando que este era el del Reglamento de la CCI, citándolo en varias ocasiones para corroborar si las partes actuaron o no conforme a este y, a su vez, decretar responsabilidad. Con esto se demuestra que el Laudo no

encontró arbitrario el procedimiento establecido internacionalmente por la CCI y que también fue aplicado para resolver los conflictos que se suscitaron en el contrato.

Por último, en lo concerniente a los amigables componedores, así como en la crítica al arbitraje, estos entran a conocer del conflicto cuando este se conforma, no antes, como ocurre en los DB.

Es por ello por lo que consideramos a los DB como mecanismo idóneo y eficaz para prever y resolver los distintos conflictos que pueden surgir en la ejecución del contrato de concesión de infraestructura vial, teniendo en cuenta que el tiempo con el que dispone el panel para proferir una conclusión es de máximo 90 días, sabiendo que estos contratos presentan un nivel de conflictividad debido a las obligaciones recíprocas que en este se pacta, así como a la prolongación en el tiempo.

Bien lo dice López Ospina (2016) al expresar que:

a diferencia de los tribunales de arbitramento y la amigable composición, los dispute boards se convierten en el mecanismo ideal para prevenir la materialización de daños que se traducirán en aumento de costos y demora en la entrega de la obra, estando lejos de ser tan solo órganos competentes para solucionar los conflictos que pueden surgir en el marco de un contrato o de una relación comercial. (pág. 70)

La materialización de la prevención se encuentra en dos de las tres funciones que tiene el panel, que son la (1) prevención de desacuerdos y la (2) asistencia informal en los mismos; sobre este punto, hay que mencionar que son funciones que no ofrecen los demás mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En un país como Colombia en donde tenemos un alto nivel de conflictividad, los legisladores se han centrado únicamente en regular figuras que intenten resolver los conflictos cuando estos por

si mismos ya generan problemas en la ejecución del contrato, pero no han pensado en un mecanismo que tenga la función preventiva que detentan los paneles de expertos, por lo cual resulta beneficioso aplicar este tipo de soluciones en una sociedad proclive a las controversias. La función preventiva busca impedir que dichos conflictos nazcan a la vida jurídica, lo que a su vez impide los sobrecostos contractuales, la paralización de la obra, las sanciones por el incumplimiento de los términos y genera como consecuencia inmediata los bajos índices en los indicadores mundiales como Riesgo País, incentivando la inversión extranjera y el crecimiento económico de la Nación.

Consideramos que no es necesario ahondar en la comparación de la resolución de los conflictos por la vía judicial y los DB, esto, en razón a que, como ya se ha mencionado, la jurisdicción contencioso-administrativa carece de todas las ventajas que tienen los MASC ya descritos, motivo por el que fueron creados.

Una de las problemáticas para la implementación de los DB en Colombia consiste en la aparente falta de coercibilidad de las conclusiones proferidas por el panel de expertos; *“existe el miedo de que el incumplimiento de las decisiones tomadas por el Dispute Board no genere consecuencias legales para los implicados (...), por el simple hecho de no ser vinculantes son desconocidas por las partes intervinientes del contrato de obra”* (López Ospina, 2016, pág. 69).

De lo anterior nos surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la fuerza de las conclusiones emitidas por el DB en el ordenamiento jurídico colombiano? Podemos concluir, tal como ocurre con la amigable composición, la cual no es vinculante por sí misma, es decir, sino que la ley (Ley 1563, 2012, art. 60) le otorgó los efectos propios de la transacción, por lo cual, para que el pronunciamiento del amigable componedor surta efecto debe cumplir los requisitos mínimos del contrato de transacción, lo mismo ocurre con el DB, en el entendido de que la conclusión será vinculante

siempre y cuando, como lo señala Colombia Compra Eficiente (2014), las decisiones del panel de expertos cumplan las formalidades del contrato de transacción para tener efecto de cosa juzgada.

En lo relativo a la fuerza de las conclusiones, podemos decir que son las mismas partes al pactar las cláusulas contractuales las que le dan la vinculatoriedad que ellas quieren que tengan. Es absurdo pensar que las partes pactan una figura para después abstraerse del cumplimiento de esta; por el contrario, en la etapa precontractual las cláusulas deben ir encaminadas a darle a las conclusiones del panel la fuerza suficiente, bien sea por medio de la transacción o conciliación, para ser acatadas de inmediato y sin demora alguna.

No obstante, consideramos que dichas decisiones tienen un límite, que como bien es sabido en la aplicación de los MASC, consiste en que los derechos sean transigibles, es decir, que las partes tengan la facultad para disponer sobre ellos, por lo cual, por ejemplo, un asunto sobre la legalidad o no de una cláusula contractual no sería competencia del panel, a pesar de que las cláusulas puedan llegar a asignársela. En síntesis, aquello que no podría hacer el panel es lo que está atribuido únicamente a autoridades jurisdiccionales, como los jueces o árbitros, que son exclusivamente quienes están autorizados por la ley, por ejemplo, para declarar nulidades.

Aunado a lo anterior, las partes deben ceñirse a los principios de buena fe¹⁶ y el *pacta sunt servanda*, los cuales son principios de la teoría general del contrato que le otorgan un mayor peso al cumplimiento de las estipulaciones pactadas en el negocio jurídico, por ende, no tiene sentido incumplir las decisiones del panel cuando ellos mismos lo establecieron.

¹⁶ Como lo establece la Ley 80 de 1993 en su artículo 28, que reza “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.” (Subrayado fuera de texto)

El miedo que existe de la falta de vinculatoriedad de las conclusiones del panel corresponde a la costumbre que existe en el país de buscar la imputación de la responsabilidad contractual en el mundo de los negocios a través de las diferentes vías que ofrece el ordenamiento jurídico, donde cada quien busca su beneficio propio, sin embargo, consideramos que en los contratos de infraestructura vial prima el orden público y el crecimiento de un país, por lo que los contratantes deben buscar establecer mecanismos con el fin de llevar a término el contrato en las condiciones establecidas, por lo que las demoras y sobrecostos que se pueden producir por una controversia no logra ese fin; el DB busca ofrecer soluciones prácticas a las partes que realmente quieren ejecutar el contrato.

En el mismo sentido, no porque una figura no sea vinculante por sí misma, como ocurre con la amigable composición y el arreglo directo, los cuales necesitan de la transacción o la conciliación para validar sus cometidos, no desvirtúa su carácter decisorio de la controversia y la exigibilidad de la que goza.

Entonces, en el caso concreto de los DB, hay una solución para que la conclusión tenga fuerza vinculante, consistente en que *“las partes pactarán que la decisión adoptada por los expertos durante el procedimiento de Paneles tendrá la naturaleza y efectos del contrato de transacción, por lo tanto su obligatoriedad estará dada por los efectos vinculantes de dicho acuerdo”* (Carmona Álvarez, 2014, pág. 48)

Para responder la pregunta por nosotros planteada, debemos decir que, en principio, por sí solas las conclusiones del panel no tienen vinculatoriedad en el ordenamiento jurídico, sin embargo, a través de la autonomía de la voluntad, como ya fue estudiada en el Capítulo I de este trabajo investigativo, las partes pueden otorgarles a sus decisiones los efectos de la transacción, o, si se quiere, de la conciliación, dándole la vinculatoriedad buscada.

Como último tema por evacuar, hay que recordar que en el aparte “posibles problemáticas suscitados en esta tipología contractual” de este capítulo encontramos que los contratos de concesión detentaban ciertas problemáticas y planteamos la solución por vía jurisdiccional, así como por medio de los MASC más utilizados, es decir, arbitraje y amigable composición, entonces, ahora nos corresponde demostrar cuál es la solución que pueden prestar los DB respecto de esas problemáticas y su forma de solucionarlos.

Para recapitular, los problemas suscitados en los contratos de infraestructura vial que se encontraron en esta investigación fueron los aspectos técnicos, el desequilibrio económico, la asunción de riesgos en la ejecución del contrato, la corrupción, las licencias ambientales y compra de predios.

En lo referente a los aspectos técnicos, el panel al encontrarse presente durante la ejecución del contrato, los expertos pueden conocer la calidad de los materiales que se deben utilizar durante la obra, con el fin de comprobar la idoneidad de los mismos, evitando que la obra presente fallas estructurales a causa de productos defectuosos. Asimismo, el panel también puede, en su etapa preventiva, revisar los procedimientos técnicos a utilizar para hacer recomendaciones informales sobre la correcta práctica del desarrollo de las actividades. Supongamos que en temas de ingeniería, que serían en este caso aquellos en donde el panel tendría incidencia o experticia, los ingenieros encargados de construcción de la obra para el proyecto van a utilizar determinado procedimiento, sin embargo, el DB podría emitir una recomendación informal, es decir, sin que haya una disputa, con el fin de aconsejar la implementación de una mejor técnica, por lo que podría ser analizado por las partes para su aplicación.

El mejor ejemplo que reflejan los errores cometidos en obra de infraestructura vial es la del puente Chirajara, que hoy en día está en un Tribunal de Arbitraje para resolver las responsabilidades por

su desplome el 15 de enero de 2018 en la Vía al Llano. Según una investigación periodística de W Radio (2018), la concesionaria pidió una experticia de una firma llamada Modjeski and Master para determinar las causas de desplome del puente. Las conclusiones a las que llegó la sociedad consultora fue que el diseño de la estructura presentó fallas, lo que fue la principal razón de su desplome, además, la concesionaria no realizó pruebas sobre la resistencia del puente, a pesar de que no era obligatorio, sin embargo, habría ayudado a prevenir el desastre o a tomar medidas para mejorar el diseño. No obstante, como no había una instancia imparcial y que tuviera conocimientos profesionales y especializados, la decisión que tomó la concesionaria no fue objetada y fue tomada de plano, es decir, no hubo otra parte con el conocimiento necesario para saber que esta decisión podría desencadenar en un siniestro.

En ciertos casos los planos sobre una carretera al momento de construirla pueden encontrar problemas geológicos que no permiten que la obra sea desarrollada según los lineamientos iniciales, por lo que habría que encontrar una solución más o menos rápida para no paralizar la obra. Las partes podrían acudir al panel buscando una recomendación o, si hay acuerdo entre las partes, buscar una solución, teniendo en cuenta que no hay culpa de ninguna de las dos partes, porque este acontecimiento tiene la calidad de un verdadero imprevisto, por lo que la intermediación de los expertos es de vital importancia para encontrar una solución objetiva y justa.

Compartimos la posición de López Ospina (2016) cuando concluye que en ciertos proyectos de contratos de obra¹⁷ la materialización del daño se hubiese podido evitar si dentro del contrato estuviera pactado el DB, porque el panel:

¹⁷ La autora se refiere a las construcciones del Edificio Space en Medellín y al puente de la Calle 100 en Bogotá, en los cuales se ocasionaron desplomes.

al realizar las respectivas visitas periódicas y al ser sujetos especializados en cada una de las áreas que compone el contrato y ejecución de una construcción de tal magnitud, los hubieran previsto con antelación, al emitir las determinaciones necesarias para su prevención y solución (pág. 9)

De lo anterior surge la segunda problemática en los contratos de infraestructura vial: el desequilibrio económico¹⁸. A raíz de los imprevistos técnicos surgen cargas económicas inesperadas que no se establecieron inicialmente en el contrato, lo que genera contención entre las partes porque nadie quiere asumir gastos adicionales, por lo que estos desacuerdos tienden a paralizar la obra hasta que un tercero facultado por las partes decida sobre este aspecto.

Sobre este aspecto, si se le da la facultad al panel para decidir sobre los imprevistos o que se manifieste sobre ellos de manera informal, con más veras podrá hacerlo sobre el aspecto económico, distribuyendo las cargas a quien, a su parecer en condición de expertos, deba asumirlas; si las partes le otorgaron esa función en el contrato, no habrá por qué acudir a otros mecanismos para resolverlo, entonces, una problemática que desemboca automáticamente en otra, es decir, un imprevisto técnico que genera un desequilibrio económico, no necesitará sino un solo pronunciamiento para resolverla, pronunciamiento que será totalmente eficaz porque los expertos al estar en toda la ejecución de la obra tienen el conocimiento de primera mano y podrán proferir una conclusión rápida, idónea y completa.

La asignación de riesgos es otro de los puntos donde el panel de expertos tiene incidencia, con el fin de designarlos cuando ocurre una contingencia en la ejecución del contrato que en la audiencia

¹⁸ Desequilibrio económico que surge en la ejecución del contrato y no en la planeación del mismo, porque en el último de los casos las partes tienen la obligación de hacer la adecuada planeación de designar las cargas económicas del contrato. Además, en lo que tiene que ver con la planeación que repercute en el desequilibrio económico del contrato, ese aspecto es congénito a la estructuración del contrato, por lo que no podría ser tratado como una imprevisión.

de asignación de riesgos (Decreto 1510, 2013, art. 39) no se contempló. De esa manera, el DB es una instancia en donde aquellos riesgos, que no fueron fijados en primera medida porque no se pudieron considerar, podrán asignarse teniendo en cuenta el conocimiento de los expertos, no solo en los temas del contrato, sino en todo lo que ha ocurrido contractualmente, por ende, son ellos los más capacitados para asignar los riesgos, asignación que las partes deberán cumplir debido a la autorización otorgada al panel para este asunto, entonces, no podrá la parte que no se encuentre de acuerdo con la asignación de cierto riesgo sustraerse de este o desconocer la conclusión del panel, exceptuando que lo haga por los medios procedimentales establecidos en el reglamento; a pesar de que cualquiera de las partes quiera desconocer la conclusión, deberá acatarla, sin perjuicio de que posteriormente sea anulada, pero la fuerza vinculante será inmediata.

Ahora, con respecto al tema de la corrupción, licencias ambientales y compra de predios, consideramos que estos problemas son congénitos al contrato, por ende, ningún mecanismo de solución de conflictos puede resolverlos. Siendo así, lo más lógico es que las licencias ambientales y los predios se encuentren constituidos desde la etapa licitatoria y no imponerle una carga mayor a los concesionarios, cuando la experiencia ha indicado que la consecuencia inmediata es la demora para iniciar la construcción de la infraestructura vial.

En lo atinente a la corrupción,

“Lamentablemente, por diferentes motivos, en ocasiones algunos procesos de adjudicación generan la sospecha de corrupción, bien sea porque se repiten los mismos contratistas bajo diferentes modalidades contractuales o porque las obras se inician y no se concluyen, o se inician y presentan un comportamiento contractual que termina en obras inconclusas sin sanciones para los responsables de estos hechos” (Zambrano, Jaramillo, Pérez y Serrano, 2018)

Entonces, se puede decir que no hay soluciones jurídicas más eficaces a las que ya ofrece el ordenamiento jurídico para enfrentarlas, como los tipos penales, las incompatibilidades e inhabilidades a la hora de la selección objetiva en la contratación para la concesión, entre otros. Consideramos que los diferentes MASC, así como los DB, no pueden ofrecer una solución adicional a las ya establecidas. Sin embargo, los DB pueden ayudar a que la ejecución de la obra no se paralice, debido a que los expertos como terceros imparciales estarán haciendo un papel de revisión y supervisión de la obra de manera permanente, emitiendo por ejemplo informes en los que especifique por qué se encuentra atrasada la obra y que por lo menos el Estado pueda tener un aviso a término de la corrupción, para tener el tiempo necesario para tomar las medidas legales y contractuales que considere necesarias.

Se podría decir que el mecanismo de panel de expertos fomenta

“(...) la continuidad de la ejecución del proyecto, protege el flujo de recursos necesarios para llevar a cabo los trabajos necesarios, y sirve como proceso de resolución de las disputas y controversias que surgen durante la ejecución del proyecto, sin interferir con el mismo. Este modelo ofrece, por ende, una solución viable, práctica y efectiva como parte del proceso de resolución de controversias en los mega proyectos de ingeniería y construcción.” (Brodsky, 2014, pág. 86)

De esa manera, una vez evacuado el estudio de la validez de los paneles de expertos en los contratos de infraestructura vial, así como haber demostrado su preponderancia ante la vía judicial y los MASC como forma de resolver los conflictos y, finalmente, haber estudiado la fuerza que tienen las conclusiones de los panelistas, concluimos que los DB son el mecanismo más eficaz para solventar los obstáculos o conflictos que puedan ocurrir en ejercicio del objeto de los contratos de concesión de infraestructura vial; contrario a pensar que pueden llegar a ser una sobrecarga

contractual, entran a aliviar a las partes, dándoles seguridad de que los expertos estarán entregados a que el proyecto salga adelante y se constituyen como garantes del contrato.

CONCLUSIONES

Una vez desarrollado el tema principal de la presente tesis, pudimos demostrar que los *Dispute Boards* tienen plena validez en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que es una figura contractual y además que se materializa como un MASC. Aunado a ello, demostramos las ventajas que tiene frente a la amigable composición y al arbitraje, competidores directos de la figura, para evidenciar que los paneles de expertos alivianan la ejecución del contrato, debido a su prevención sobre los futuros litigios y a la solución pronta de las controversias en el marco del contrato de concesión de infraestructura vial.

Por estas razones consideramos a los DB como el mecanismo adecuado para la resolución de controversias en el contrato estatal de concesión de infraestructura vial, bien sea por su función preventiva o de mecanismo eficaz de resolución de disputas, lo cual lo posiciona como el medio idóneo para evitar la paralización y sobrecostos derivados de la constante conflictividad en las relaciones contractuales de este tipo de negocios y permite arribar a la debida ejecución del contrato, tal como fue planeado desde su inicio.

Este mecanismo es consecuente con la realidad del país, la cual hoy día tiene la necesidad de construcción de nuevas vías; los DB tienen como finalidad evitar el estancamiento de las obras de infraestructura vial que son de suma importancia para el crecimiento económico de la Nación y el interés general de la comunidad, puesto que a través de las carreteras es como se comunican las regiones y se genera el intercambio de los diferentes bienes y servicios.

Ahora, una de las consecuencias de cumplir con la construcción de infraestructura vial en el país es que el transporte no generará mayores erogaciones económicas para los comerciantes, debido a la aminoración de los riesgos inherentes al transporte como las vías defectuosas o peligrosas, y por

ello el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas por los comerciantes. Todo esto desencadenará en que el país sea atractivo para la inversión extranjera, como corolario de los bajos costos del transporte, los pocos incumplimientos de las obligaciones contraídas y, adicional, pactar los DB en este tipo de contratos generaría mayor confianza a los agentes extranjeros, puesto que es una figura que es conocida y tiene un desarrollo práctico a nivel mundial en el ámbito de la construcción.

Para terminar, consideramos pertinente emitir recomendaciones para la correcta implementación de los DB en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de los contratos de concesión de infraestructura vial.

En cuanto a qué tipo de DB es el más eficaz en el caso colombiano, teniendo en cuenta que en nuestro país existe poca confianza y conocimiento de la figura, por ello, consideramos que lo más lógico sería implementar en un primer momento los *Dispute Review Board*, con el fin de dar a conocer los beneficios que otorga este instrumento, generando con el paso del tiempo la tranquilidad y seguridad a los contratantes de que la figura aplicada tiene más ventajas frente a los demás medios tradicionales o alternativos para solucionar las controversias, además, para preverlas, como ocurre en el caso chileno.

Posterior a ello, una vez que los contratantes adquieran convicción en la aplicación de los DRB, se podrán pactar *Dispute Adjudication Boards* o los *Combined*, si así lo prefieren, toda vez que lo más atinado cuando no hay experiencia alguna o la experiencia es muy precaria es empezar desde lo menos invasivo hasta lo más vinculante, por ende, en primera medida las partes pueden elegir si acatan la recomendación o prefieren elegir otra solución para su problema, pero, en el futuro próximo, cuando ya estén seguros de la eficacia y vinculatoriedad de la figura, se someterán a ella

de lleno, como el caso peruano, en donde decidieron que lo más apropiado era establecer como obligatorio en el contrato los *Dispute Adjudication Boards*.

Uno de los puntos que sustenta nuestra sugerencia respecto a pactar en un primer momento *Dispute Review Boards* es el hecho de que a través de este mecanismo se profieren actas de visitas, análisis de documentos o las mismas recomendaciones proferidas por los expertos cuando conocen de una controversia entre las partes, posteriormente esos actos y documentos pueden servir como pruebas en un posterior proceso judicial o arbitral, tal como menciona Figueroa Valdés (2014):

“(…) en procesos judiciales o arbitrales posteriores no es posible contar con elementos probatorios adecuados, porque, por ejemplo, en el caso de materiales defectuosos, los mismos ya han sido utilizados en la obra, por lo que no habría forma de verificar esa condición, sino mediante una larga y tediosa etapa probatoria. La solución presentada en Chile ha sido el aporte de las conclusiones de los DB a estos procesos, que, si bien no dieron fruto en la etapa de ejecución del contrato, en el sentido de que no fueron acogidas por las partes, pueden servir en la etapa jurisdiccional posterior como medio probatorio”. (pág. 122)

Siendo así, para no desestimar estos documentos y actuaciones que se realizaron durante el actuar de los DB, la función de conservación de la prueba es fundamental.

Por otro lado, para garantizar la imparcialidad y objetividad de los panelistas, nos parece procedente aplicar la experiencia chilena, la cual elige a los expertos a través de concurso público, por medio de una entidad pública mediante requisitos objetivos, como menciona Figueroa Valdés (2014), *“Los integrantes del “Panel Técnico” serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública establecido en la ley, mediante concurso público de antecedentes fundado en condiciones*

objetivas, transparentes y no discriminatorias, con un quórum de cuatro quintos” (pág. 136), entidad que podría ser en Colombia un organismo de carácter público que se dedique a temas exclusivos de contratación estatal, como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o Colombia Compra Eficiente, o una entidad privada gremial de infraestructura, como sería la Cámara Colombiana de Infraestructura, con el fin de garantizar la imparcialidad de los seleccionadores.

Esta recomendación no se acota únicamente con el concurso público, sino con la adecuación de las instituciones para dichos fines, lo que nos lleva a nuestro siguiente consejo, consistente en que la figura debe ser legislada en Colombia.

Tal como ocurrió con la amigable composición antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, momento en que existió una discusión jurisprudencial sobre si era posible la utilización de amigables componedores para resolver los conflictos que se suscitaban en los contratos del Estado. Frente a dicha discusión, ciertos sectores del Consejo de Estado emitieron conceptos contradictorios, generando una inseguridad jurídica sobre si era válida su aplicación en los contratos estatales. Como es evidente, una vez expedida la Ley en mención, la controversia finalizó y hoy en día este MASC es un instrumento constantemente utilizado en muchos contratos celebrados por el Estado.

Como ya lo desarrollamos anteriormente, en Colombia no existe un impedimento para que los DB sean un instrumento que se pueda pactar en los contratos de infraestructura vial; como ejemplo de ello encontramos que el argumento utilizado por Colombia Compra Eficiente y la Contraloría General de la República para no permitir la implementación de los paneles fue que la ley no hace mención de ellos, por lo cual, para generar una mayor confianza institucional en la figura, lo ideal

sería emitir una legislación particular y específica sobre la misma, así como la entidad que podría ser la idónea para elegir a los expertos y garantizar la mencionada imparcialidad requerida.

La consecuencia inmediata de que la figura sea regulada es su mayor utilización, y por ende, la disminución de los litigios y del arbitraje, tal como ocurrió en el Reino Unido (Escobar Muñoz, 2014).

Siguiendo, proponemos incentivar el uso del panel por diferentes medios. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, “(...) *a la fecha, son pocos los contratos de construcción que no incluyen en su regulación, la etapa de resolución de conflictos ante éstas mesas, ante cualquier disputa en la ejecución contractual y como vía previa obligatoria, para intentar un arbitraje.*” (Peñate Guzmán, 2014, pág. 88) (Subrayado fuera de texto), por ello, plantear el uso de la figura de manera previa al arbitraje genera a nuestro parecer que las partes antes de recurrir al arbitraje tengan que conocer e implementar los paneles de expertos.

Teniendo en cuenta lo reseñado, es posible que cuando las partes utilicen el DB para poder llegar al arbitraje encuentren que es un instrumento que les otorga beneficios adicionales a la simple resolución de una controversia, por lo que las partes podrían olvidar acudir al arbitraje al caer en cuenta de la utilidad y eficacia del panel de expertos.

Por último, el incentivo también podría darse estableciendo en el estatuto tributario o en cualquier ley de tributación la reducción de impuestos para aquellos contratantes que pacten DB en los contratos con el Estado.

Las anteriores son algunas de las ideas que nos surgieron con el fin de establecer una adecuada implementación en el país, en las cuales tratamos de dar ciertas soluciones a los posibles obstáculos que puedan presentarse al tratar de regular los paneles de expertos o *Dispute Boards* en Colombia.

LISTA DE REFERENCIA

Álvarez Correa, C. (2013). *Exposición de motivos proyecto de ley “Por el cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte”* Recuperado de <https://es.scribd.com/document/359026050/Exposicion-Ley-de-Infraestructura>

Asamblea Legislativa de la República del Salvador. (5 de junio de 2013) Ley Especial de Asocios Publico Privados. [Decreto 379 del 2013] Recuperado de <http://catalog.hathitrust.org/Record/004013935>

Brodsky, J (2014) Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. En Hernández García, R (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. (pp. 71 – 86) Arequipa, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L.

Cámara de comercio de Bogotá. Tarifas amigable componedor. Recuperado de <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Amigable-composicion/Tarifas>

Cámara de Comercio Brasil-Canadá (2011) Reglamento para el comité de prevención y solución de disputas DEL CAM-CCBC. Recuperado de <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/es/dispute-boards/rules-2018/>

Cámara de Comercio Internacional (2015) Reglamento relativo a los Dispute Boards. Recuperado de <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>

Cámara Municipal de Sao Paulo. (22 de febrero de 2018). Ley de comités de prevención de disputas y de solución en contratos administrativos. [Ley 16.873 de 2018]. Recuperado

de <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2018/1688/16873/lei-ordinaria-n-16873-2018-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-prefeitura-de-sao-paulo>

Cañas Ortega, E. (2016). La naturaleza jurisdiccional del panel de expertos del sector eléctrico e impugnabilidad de sus decisiones. *Revista De Derecho Administrativo Económico*, (22), 101-127. doi:10.7764/redae.22.4

Carmona Álvarez, L. (2014). *Paneles de expertos*. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/15815>

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2013) Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas. Recuperado de <http://carc.pucp.edu.pe/servicios/junta-de-resolucion-de-disputas/normativa/>

Christian Díaz Barcia. (s.f.) *Los comités de disputas. Su aplicación en costa rica*

Colombia Compra Eficiente. (11 de noviembre 2015). Respuesta a consulta de la ANI. (No. Radicado 215130008255).

Congreso de Brasil. (21 de junio de 1993) Normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. [Ley 8666 de 1993] Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm

Congreso de Colombia. (26 de mayo de 1873) Código Civil Colombiano. [Ley 84 de 1873]. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de Colombia. (12 de Julio de 2012) Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de Colombia. (22 de noviembre de 2013) Ley de infraestructura vial. [Ley 1682 de 2013]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.html

Congreso de Perú. (2014) Ley de Contrataciones del Estado [No. 30225 de 2014]. Recuperado de <https://search.proquest.com/docview/1560825702>

Congreso Nacional de Chile. (13 de marzo de 2004) Ley general de servicios eléctricos. [Ley 19.940 de 2004] Recuperado de <https://www.cne.cl/normativas/electrica/sector-electrico/>

Congreso Nacional de Chile. (20 de enero de 2010) Ley y reglamento de concesiones de obras públicas. [Decreto Supremo MOP No. 900]. Recuperado de <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=16121&idVersion=2010-01-20&idParte>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera (20 de noviembre de 2008). Sentencia 50422-23-31-000-1369-01. [CP. Ruth Stella Correa Palacio]. Recuperado de <http://www.tesauro.com.co/EJECUCIONpeta/CADUCIDAD%202008.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). *Proyectos viales bajo el esquema de las asociaciones público privadas: Cuarta generación de concesiones viales*. Recuperado de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3760.pdf

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991).

Contraloría General de la República. (18 de diciembre 2014). Respuesta a oficio de la ANI. (Concepto No. 2014IE0173683).

Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de abril de 2013) Sentencia C-222/2013. [MS María Victoria Calle Correa] Recuperado de <http://catalog.hathitrust.org/Record/001750051>

Dorgan, C. S. The ICC's new dispute board rules. *The International Construction Law Review*, 22, 143-150.

Duarte Lau, M. (2018). *Análisis de los paneles técnicos de expertos o dispute boards en la contratación internacional, con especial énfasis en los contratos de construcción* (Tesis de pregrado, Universidad Francisco Marroquín) Recuperado de <https://biblioteca.ufm.edu/library/index.php?title=1081618&lang=&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@field1=encabezamiento@value1=CONTRATOS%20LEGISLACION%20@mode=advanced&recnum=4&mode=advanced>

Dueñas Sihua, D. (2015). *Los dispute boards: ¿Un mecanismo alternativo verdaderamente?*. (Artículo de investigación, Universidad Católica San Pablo) Arequipa, Perú: Recuperado

de <http://ucsp.edu.pe/investigacion/derecho/wp-content/uploads/2015/12/ART%C3%8DCULO-DE-INVESTIGACI%C3%93N.pdf>

Durán Leal, Á M. (22 de noviembre de 2017). “Dispute board” en Colombia para contratos APP, ¿por qué no?. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administrativo-y-contratacion/dispute-board-en-colombia-para-contratos-app-por>

Escobar Muñoz, A. K. (2014). *Dispute board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar) Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4183>

Expósito Vélez, J. C. (2019). Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal. En Santaella Quintero, H. (Ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. tomo II, la reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la administración*. (pp. 111-165). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Expósito Vélez, J. C., & Santos Rodríguez, J. E. (2010). La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (3), 85-150. Recuperado de <https://doaj.org/article/28cdeb4f07734edfac8f0d79378621f2>

Fajardo Peña, S. (2019). Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: El valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (22), 61-96. doi:10.18601/21452946.n22.04

Fedesarrollo. (2013). *Indicadores del sector transporte en Colombia, Informe Consolidado*. Recuperado de

<https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/173/Indicadores%20del%20sector%20transporte%20en%20Colombia%20-%20Informe%20Consolidado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Figueroa, D. (2019). Dispute boards para proyectos de infraestructura en Latinoamérica: ¿Un advenedizo en el barrio?. *Foro De Derecho Mercantil Revista Internacional*, (63), 27-60.

Figueroa Valdés, J. E. (2014) Dispute Boards: La visión de las partes y su coexistencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile. En Hernández García, R (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. (pp. 123 – 139) Arequipa, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L

García Díaz, L. C. (2017). *MASC y asociaciones público-privadas en Colombia: Los dispute boards o paneles de expertos*. (Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia) Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15024>

Gray Chicchón, J., Bravo Vanegas, J. (2014) La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: A propósito de los Dispute Boards. En Hernández García, R (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. (pp. 33 – 69) Arequipa, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L

Hernández García, R. (2014) Dispute Boards (Paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En Hernández García, R (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. (pp. 23 – 32) Arequipa, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: Negocio jurídico. Volumen II*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Instituto Nacional de Concesiones INCO, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (14 de enero de 2010)

Contrato de concesión de obra pública 001/2010. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-001-del-2010-sector-2pdf-1870>

Instituto Nacional de Concesiones INCO, Consorcio Vial Helios (14 de enero de 2010) Contrato

de concesión de obra pública 002/2010. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-002-del-2010-sector-1pdf-1726>

Instituto Nacional de Concesiones INCO, Consorcio Vial Helios (20 de mayo de 2016) Otrosí No.

9 al Contrato de concesión de obra pública 002/2010. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-002-del-2010-sector-1pdf-1726>

Instituto Nacional de Concesiones INCO, Vías de las Américas S.A.S. (27 de agosto de 2010)

Contrato de concesión de obra pública 008/2010. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/1087/404/CONTRATO%20DE%20CONCESION%20No.008-2010.pdf>

Instituto Nacional de Concesiones INCO, Yuma Concesionaria S.A. (4 de agosto de 2010)

Contrato de concesión de obra pública 007/2010. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/proyecto/carretero/ruta-del-sol-sector-3-21327>

Instituto Nacional de Concesiones INCO, Yuma Concesionaria S.A. (28 de abril de 2017) Otrosí

No. 8 al Contrato de concesión de obra pública 007/2010. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/proyecto/carretero/ruta-del-sol-sector-3-21327>

- Jiménez Figueres, D., J. Caivano, R. (2007). Funcionamiento de los ‘dispute boards’ de la CCI y su encuadre en el derecho argentino. *Revista Internacional De Arbitraje*, (6), 147-174. Recuperado de <http://djarbitraje.com/pdf/283Revista%20Internacional%20de%20Arbitraje%20Dispute%20Boards%20con%20Roque%20Caivano.pdf>
- López Ospina, I. V. (2016). La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia. *Universitas Estudiantes*, 10 (14), 63-72. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44401>
- Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública. reforma de la ley 80 de 1993*. (Cuarta ed.). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Medina, C. (26 de noviembre de 2018). Las otras fallas que no se conocían en la construcción del fallido puente Chirajara. *La W Radio*. Recuperado de <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/las-otras-fallas-que-no-se-conocian-en-la-construccion-del-fallido-puente-chirajara/20181126/nota/3829548.aspx>
- Ministerio del Interior y de Justicia. (2010). *Memorias del proyecto “Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales”*
- Ministerio de Justicia. ¿Qué son los MASC? Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/MASC/-Qu%C3%A9-son-los-MASC>
- Muñoz Prieto, W. (2002). Concesiones viales en Colombia. Historia y desarrollo. *Tecnura* 10, 5 (10) doi: <https://doi.org/10.14483/22487638.5883>

Niño Henao, A. M. (2015). Entre rutas extensas y caminos empinados. las deudas acumuladas en infraestructura vial con Colombia. *Divergencia*, (18), 32-36.

Nossa Lesmes, A. (4 de marzo de 2019). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. *Asuntos Legales*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos-2834963>

Paredes Carbajal, G.& Gray Chicchón, J. (2008). Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción. *Revista de Derecho Administrativo*, Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14533>

Pedroza Villegas, K. (2016). *Caracterización financiera de los contratos de concesiones viales en Colombia. Estudio de caso*. (Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/55029/7/KatherinnePedrozaV.2016.pdf>

Peñate Guzmán, C. A. (2014) Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador. En Hernández García, R (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. (pp. 87 – 98) Arequipa, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L

Presidente de la República de Perú. (31 de diciembre de 2018) Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado [Decreto Supremo No. 344-2018-EF]. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018-EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N°%2030225.pdf

Portafolio. (16 de abril de 2019) Colombia requieres 45.000 km de vías adicionales, dice el DIB.

Recuperado de <https://www.portafolio.co/economia/infraestructura/colombia-requiere-45-000-km-de-vias-adicionales-dice-el-bid-528658>

Rodríguez Fernández, M. (2006). Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los dispute boards. *Revista e-mercatoria*, 5(2), 2-29.

Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=3621817>

The Dispute Resolution Board Foundation. (2017). Dispute Board Project Date Base. Recuperado de <http://www.drb.org/publications-data/drb-database/>

Tirado Navarro, J. (1 de junio de 2019). ‘Dispute boards’ e infraestructura. *Asuntos Legales*.

Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jorge-tirado-navarro-2854087/dispute-boards-e-infraestructura-2869028>

Tribunal de Arbitraje. (24 de octubre de 2016) Laudo arbitral Vías de las Américas S.A.S. contra

Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Recuperado de <http://www.infraestructura.org.co/laudos/14%20V%C3%ACAS%20DE%20LAS%20AMERICAS%20S.A.S.vs%20ANI%2024%2010%2016.pdf>

Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aeropuertos de oriente S.A.S. (06 de

agosto de 2010) Contrato de concesión No. 10000078-OK-2010 de las terminales aeroportuarias de nororiente. Recuperado

de <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/11464/2581//contrato.pdf>

Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Sociedad Concesionaria Operadora

Aeroportuaria Internacional S.A – OPAIN S.A. (12 de septiembre de 2006) Contrato de

concesión No. 6000169OK/2006 de obra y mantenimiento del Aeropuerto internacional el Dorado. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/proyecto/aeropuertos/eldorado-21336>

Unigarro Dorado, I. F. (2015). *Comité de resolución de conflictos en contratación pública en Colombia*. (Tesis de maestría, Universidad de Los Andes). Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/13084?show=full>

Vaz, J. G., Gravatá Nicoli, P. A. (2014) Los Dispute Boards y los Contratos Administrativos: ¿son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?. En Hernández García, R (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. (pp. 99 – 121) Arequipa, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L

Zambrano, N.A., Jaramillo, M. A., Pérez, D. D. y Serrano, M. F. (2018) Fórmulas de selección económica de contratistas en adjudicación de obras de infraestructura vial: Estudio de caso Valle del Cauca. *Entre Ciencia e Ingeniería*, 12 (24), pp. 60-67. doi: <http://dx.doi.org/10.31908/19098367.3810>

Zamojcin Rodríguez, M. T. (2019). La financiación de las "vías 4G": Debilidades y contratiempos en un programa ambicioso de concesiones de infraestructura vial ejecutado en Colombia estructurado bajo un marco jurídico comparado e interdisciplinario que impacta al derecho económico internacional. (Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia). Recuperado de <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1678>